

1^{re} Journée commune CONSEIL DE LA CONCURRENCE BUNDESKARTELLAMT

Institut Goethe (Paris), 16 nov. 2004

Alors que le droit européen de la concurrence ne cesse de se moderniser, notamment depuis l'entrée en vigueur et le premier semestre d'application du Règlement 1/2003, les autorités de la concurrence française et allemande se sont réunies pour discuter et confronter leur expérience.

Cette rencontre organisée par le Conseil de la concurrence, le 16 novembre 2004, à l'Institut Goethe, lieu symbolique et temple de la langue allemande, a donné lieu à la première journée commune du Conseil de la concurrence et du Bundeskartellamt. Objectif : renforcer la coopération franco-allemande et en faire un outil de la collaboration européenne. L'étude de l'application du règlement 1/2003, relevant plus d'adaptations pour les uns et de réformes de fond pour les autres, ainsi que de l'évolution des médias et de leurs conséquences en droit de la concurrence, a mis en exergue les points communs et les divergences rencontrées d'un côté à l'autre du Rhin.

Ces interventions associant étroitement des praticiens et universitaires, spécialistes du droit de la concurrence, ont permis d'éclaircir et de confronter deux paysages différents et pourtant pas si éloignés. La connaissance réciproque des Institutions et l'appréhension des problèmes communs traités par chacun constituent la première pierre d'un édifice qui continuera à se bâtir.

OUVERTURE

TABLE RONDE N° 1 : L'Allemagne, la France et la modernisation du droit européen de la concurrence

- > **Premier bilan des deux autorités de concurrence**
 - Quelles sont les évolutions – législatives, réglementaires ou institutionnelles – engendrées par l'entrée en vigueur du règlement 1/2003 en France et en Allemagne ?
 - Quel bilan dresser du premier semestre d'application ?
 - Partage d'application entre les deux autorités de la concurrence
- > **Regards croisés de deux avocats français et allemand**
 - Quelles sont les conséquences pour les entreprises et pour les praticiens, de l'entrée en vigueur du règlement 1/2003 ?

165

TABLE RONDE N° 2 : Nouveaux médias – Nouveaux problèmes ? Le droit de la concurrence face à la convergence et à la numérisation en Allemagne et en France.

- > Les nouvelles possibilités techniques amènent-elles à une nouvelle définition du marché ?
- > Les abus potentiels rendus possibles pour l'utilisation des supports numériques

173

TABLE RONDE N° 3 : Nouveaux médias – Nouveaux problèmes ? Le droit de la concurrence face à la convergence et à la numérisation en Allemagne et en France (suite)

- > Les problèmes de contenu pour l'accès au marché audiovisuel et les limitations d'accès sur les marchés de la télévision
- > Les développements de la numérisation sont-ils un remède aux limitations d'accès au contenu ?

178

CONCLUSIONS

OUVERTURE *Discours introductifs des Présidents Lasserre et Böge*

Barbara MALCHOW-TAYEBI, Présidente adjointe de l'Institut Goethe « Au nom de l'Institut Goethe, permettez-moi de vous souhaiter très cordialement la bienvenue. Renforcer la coopération franco-allemande et en faire un outil de la collaboration européenne, tel est l'objectif de votre rencontre aujourd'hui, et c'est aussi l'une des grandes missions de l'Institut Goethe en France. Nous concentrons notre effort dans les domaines de l'information, des échanges culturels et de la promotion de la langue de notre partenaire dans nos systèmes scolaires respectifs. Nos activités, surtout en matière de promotion des langues, sont toutes placées sous la devise : "On a tout à faire ensemble". Je crois que ce pourrait aussi être au nombre des conclusions de votre rencontre d'aujourd'hui. Je vous souhaite une agréable journée de travail ensemble ».

Bruno LASSERRE, Président du Conseil de la concurrence « Je suis couvert de honte, dans ce temple de la langue allemande, de ne pouvoir répondre en allemand à vos souhaits de bienvenue. Après cinq ans d'apprentissage de cette langue au collège et au lycée, le seul souvenir que j'ai gardé est celui des strophes de la chanson de la Lorelei, notamment celle qui évoque ces jeunes filles pures assises au bord de l'onde, qui démêlent leurs cheveux avec des peignes d'or. Depuis que j'ai pris la Présidence du Conseil de la concurrence à la fin du mois de juillet, les traits de ces jeunes filles s'identifient aux bonnes fées de la concurrence, dont le chant mélodieux s'entend aussi bien à Bonn qu'à Paris. J'ai bien dit Bonn car, de fait, au moment où le gouvernement fédéral et la plupart de ses ministères ont décidé, il y a une douzaine d'années, de migrer vers Berlin, le Bundeskartellamt a fait le chemin inverse, pour rejoindre Bonn. Sur cette terre rhénane, vous êtes ainsi encore plus proches de nous.

Je suis très heureux, Monsieur le Président, chef Ulf Böge, de vous accueillir aujourd'hui au nom du Conseil de la concurrence français, ainsi que la délégation qui vous accompagne, composée de membres du Bundeskartellamt et de professeurs d'université. Cette initiative a été décidée il y a un an, en novembre 2003, lors d'une visite que vous a rendue à Bonn Marie-Dominique Hagelsteen, ma prédécesseur, que j'ai le plaisir de saluer et qui, parmi ses nombreuses qualités, est également germaniste. Vous aviez souhaité donner une impulsion franco-allemande au dialogue des autorités nationales de concurrence. Je n'emploie pas l'expression de "moteur franco-allemand", qui est souvent utilisée dans le contexte des relations politiques mais qui a le don d'exaspérer les autres États membres, qui ont le sentiment de jouer les utilités.

Au cours de cette rencontre, il a été décidé de donner un vrai contenu à ce dialogue franco-allemand, en échangeant des rapporteurs, ce qui a été fait à Bonn et à Paris avec beaucoup de succès. Il a été décidé également de renforcer les liens tissés entre les deux institutions ; les échanges sont à ce jour réguliers, notamment dans le cadre de cette culture du réseau européen. Toutefois, nous devons maintenant aller plus loin et envisager la rédaction de contributions communes, tant dans les enceintes communautaires qu'à l'OCDE ou dans le réseau de l'ICN que vous présidez dorénavant. Parallèlement, il a été décidé d'organiser un rendez-vous annuel pour

débattre de sujets communs ; les deux thèmes identifiés pour cette journée ont été la mise en œuvre du réseau européen de la concurrence, dans le cadre du nouveau règlement 1/2003, et les questions que pose l'application du droit de la concurrence au secteur des médias. Je suis donc particulièrement heureux d'ouvrir aujourd'hui cette première journée de la concurrence franco-allemande tenue par nos deux autorités. Nous avons eu le souhait d'ouvrir ce dialogue, en invitant magistrats, avocats, universitaires, praticiens, juristes d'entreprise et journalistes, afin que ceux qui utilisent, observent, contrôlent – je salue à ce titre la présence de Guy Canivet, premier Président de la Cour de cassation – ou simplement redoutent nos deux institutions, d'avoir répondu à notre invitation.

Le moment de cette rencontre me paraît d'autant mieux choisi que nous bénéficions déjà de six mois de retour d'expérience de mise en œuvre du réseau européen, dont il sera question ce matin. Les autorités françaises et allemandes de la concurrence contribuent le plus activement à ce réseau, avec respectivement 28 et 27 affaires engagées sur les fondements des articles 81 et 82 du traité ; parallèlement, 96 affaires nouvelles ont été placées sur le réseau par la Commission européenne. Les contributions allemande et française sont également les plus fortes en ce qui concerne les décisions envisagées ou les décisions closes. Après toutes les interrogations que sa naissance a pu générer, ce réseau fonctionne au quotidien de façon satisfaisante. Il permet l'échange de données informatiques cryptées, mais aussi des mails, des coups de téléphone et des lettres.

Pour sa part, le Bundeskartellamt a une certaine longueur d'avance sur le Conseil de la concurrence, puisque, en tant qu'autorité fédérale, vous pratiquez déjà ce dialogue avec les autorités locales de la concurrence. La culture du réseau vous est donc déjà plus familière qu'elle ne nous l'est en France.

Si l'idée d'un réseau non "hiérarchisé" pouvait à l'origine surprendre les esprits cartésiens, nous constatons aujourd'hui que ce réseau fonctionne aussi bien dans le sens descendant/ascendant (Commission/États membres) qu'au plan latéral, entre les autorités nationales, dimension que nous souhaitons aujourd'hui renforcer.

Pour les cas où la Commission décide de ne pas se mêler d'une affaire et où il convient donc de décider qui doit la traiter, je constate que même si le critère qui fixe la répartition des tâches entre les autorités nationales reste relativement flou dans l'énoncé du règlement, un consensus est apparu assez vite et s'enrichit jour après jour. De fait, tout se déroule pacifiquement, chacun étant soucieux d'apporter sa valeur ajoutée et sa contribution, sans nationalisme excessif, sur la base des critères objectifs que sont la proximité des marchés et des entreprises ou l'aisance à obtenir des éléments de preuve. Dans quelques affaires, les entreprises se sont présentées successivement à nos deux guichets, notamment pour obtenir le bénéfice de programmes de clémence ; nous expérimentons jour après jour les critères d'allocation optimale des cas entre nos deux autorités. Inversement, lorsque la Commission décide de traiter une affaire, ce dialogue devra nous conduire à dégager des positions communes, afin d'essayer de faire passer un même message auprès de la Commission.

>

La deuxième raison qui justifie l'intérêt de cette rencontre est que nous sommes, tant en Allemagne qu'en France, en période de réformes législatives, qui vont modifier peu à peu le visage de nos autorités respectives. Nos amis allemands parleront peut-être aujourd'hui de la réforme en cours de discussion du Bundestag, qui doit entrer en vigueur au printemps, et qui va changer assez profondément la façon dont vous pratiquez le droit de la concurrence. En France, je dois signaler l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004, tirant les conséquences de l'entrée en vigueur du nouveau règlement communautaire et modifiant de manière bienvenue la phase d'instruction (la durée de prescription est ainsi portée à cinq ans) ; elle modifie également la façon dont nous allons protéger le secret des affaires, en mettant fin à une approche sans doute trop globalisante et rustique. Parallèlement, l'ordonnance introduit des modifications qui vont rénover la phase de décision. Ainsi, le Conseil de la concurrence aura la possibilité de mettre fin à des pratiques anti-concurrentielles en négociant et en acceptant des engagements de la part des entreprises, qui, s'ils sont actés par le Conseil, mettront un terme à la procédure contentieuse engagée. Cela va ancrer le Conseil de la concurrence dans son véritable rôle de régulateur du marché, en l'éloignant du modèle juridictionnel auquel on l'a peut-être parfois trop facilement assimilé. Le Conseil de la concurrence va retrouver une souplesse et une mobilité qui vont de pair avec son statut d'autorité de la concurrence, tout en nouant des relations plus étroites avec les juridictions, qui entrent également dans cette culture du réseau.

Je vous remercie tous d'avoir répondu aussi massivement présent à ce premier rendez-vous. Je remercie Ulf Böge d'avoir accepté de contribuer activement à cette initiative et à tous les intervenants de nourrir de leurs présentations cette journée qui, pour être une première, ne sera certainement pas une dernière. Je vous invite donc à nous retrouver dans un proche avenir pour la deuxième journée franco-allemande de la concurrence.

Ulf BÖGE, Président du Bundeskartellamt « Je vous remercie cordialement de l'accueil chaleureux qui a été réservé à la délégation allemande. Un grand merci aussi à l'Institut Goethe, qui est pour nous presque un petit coin d'Allemagne à Paris grâce auquel mes collègues et moi pouvons-nous permettre de parler allemand. Autrement, je serais en train de vous lire péniblement un discours en français. Mes compétences dans cette langue ne me permettraient guère plus, car je suis un peu dans la même situation que Bruno Lasserre : sept années de français à l'école, mais après, pas une seule occasion de m'en servir. Quel gâchis ! Ce n'est, en effet, pas très efficace d'apprendre une langue pendant sept ans et de ne plus jamais l'utiliser. Il aurait peut-être alors mieux valu que j'en apprenne une autre. Mais cela aurait tout de même été dommage, car mon oreille s'est quelque peu habituée aux sonorités du français que j'entends à chaque fois avec un plaisir renouvelé. Je crois que l'Institut Goethe a bien raison de s'attacher à nouer ici un dialogue. On s'aperçoit ainsi de l'importance de la Culture quand il s'agit de tisser des liens entre les peuples.

Goethe, c'est la Culture. Et la Culture représente bien plus que la politique, qui ne peut que s'appuyer sur elle. Je me permettrais d'ajouter à ce propos que ce que nous faisons aujourd'hui fait aussi partie de la Culture : nous essayons, en effet, de bâtir ensemble une culture commune de la

concurrence. Une idée qui ne va pas de soi et pour laquelle nous devons sans cesse nous engager, et ce, de toute part. C'est pourquoi je trouve que c'est une bonne chose d'avoir, malgré les nombreux contacts bilatéraux que nous avons pu entretenir au fil des années, organisé cette journée franco-allemande de la concurrence. Bien sûr, ce n'est pas comme si nous nous rencontrions aujourd'hui pour la première fois. Non, nous nous connaissons depuis des années, nous nous croisons fréquemment lors de diverses manifestations, mais ce n'est peut-être pas assez. Et c'est pourquoi avoir organisé aujourd'hui cette première journée commune est une bonne chose.

Nous entrons là en territoire inconnu. Pourquoi maintenant ? Pourquoi une telle collaboration bilatérale, à l'heure où le monde de la concurrence cultive l'internationalisation et multilatéralité ? C'est justement pour cette raison, je crois, qu'il nous faut cette collaboration bilatérale, car c'est sur elle que nous pourrions construire cette multilatéralité que la mondialisation a aujourd'hui rendu nécessaire même pour les autorités de la concurrence. Et c'est là qu'entre en jeu la collaboration franco-allemande.

Au cours des 30 à 40 dernières années, nous n'avons pas toujours partagé la même philosophie. Ce n'était peut-être même pas le cas au cours de la dernière décennie. L'Allemagne est un pays fédéral, la France, un pays centralisé : les répercussions en sont nombreuses. C'est justement pour cette raison qu'il nous faut veiller à ce que nos échanges d'idées soient riches et fréquents, et ainsi montrer aux autres qu'un rapprochement entre organisations et institutions différentes est possible. Pour ce qui est des principes fondamentaux, nous partageons une même vision : nous voulons défendre la libre concurrence, et en ce sens, on peut dire que nous formons une grande famille de la concurrence.

Si nous nous retrouvons tous ici aujourd'hui, c'est, en fait, grâce à nos collègues français. L'idée avait germé il y a un peu plus d'un an lors d'une rencontre à Bonn et c'est avec plaisir que nous avons saisi cette opportunité. C'était une bonne idée, une idée qui portera ses fruits. Je suis bien content que nos collègues français aient fait preuve de la ténacité nécessaire pour la mener jusqu'à sa concrétisation. Ce sont eux, en effet, qui ont dû fournir l'effort principal. Nous avons bien sûr participé, mais la tâche est toujours plus ardue pour celui qui reçoit. Nous avons jeté aujourd'hui les bases d'une collaboration approfondie, ce dont je ne peux que me réjouir. Pour la Commission européenne et pour les États membres, il est important que cette collaboration joue aussi à l'avenir un rôle non négligeable dans la politique de la concurrence et dans la promotion du principe de libre concurrence.

Les relations personnelles doivent, elles aussi, être bonnes, car, avec une bonne relation, le travail est d'autant plus fructueux. C'est pourquoi je tiens encore une fois à vous remercier expressément pour la très bonne coopération qui a existé entre nous jusqu'à présent. Au vu de l'évolution ainsi engagée, je peux envisager l'avenir avec confiance. Les quelques mois depuis que nous nous connaissons me permettent de l'affirmer : le courant passe. Dans certaines autorités de la concurrence, il existe même des spécialistes qui y veillent. Il nous faut donc saisir la balle au bond et affirmer notre volonté commune de faire qu'entre nos deux institutions le courant continue de passer.

Lors de notre rencontre voici un an, n'est pas seulement née l'idée d'une journée franco-allemande de la

concurrence. Conscients du fait que le travail en commun n'est pas quelque chose d'anonyme mais de profondément humain, nous avons aussi décidé d'intensifier les échanges de personnels entre nos deux institutions. Ainsi le Conseil de la Concurrence a-t-il accueilli dès le printemps une collègue du Bundeskartellamt, qui pendant deux semaines a pu découvrir son organisation et ses méthodes de travail. Au cours des deux dernières semaines, ce fut au Bundeskartellamt d'accueillir une collègue française très dynamique, qui, je le souhaite, aura trouvé son séjour chez nous aussi plaisant qu'instructif : j'espère qu'il lui restera plus de sa visite à Bonn qu'une simple expérience du travail dans notre administration.

Nous organisons déjà des échanges de personnels avec l'autorité anglaise, nous en organisons maintenant avec vous, et, au vu de la complexité de la tâche, notamment dans le secteur du contrôle des concentrations, nous envisageons aussi de mettre en place de tels échanges avec la DGCCRF.

L'importance de la langue n'est pas à négliger. Néanmoins, pour la jeune génération, tout est plus simple. En Allemagne, en tout cas, presque tous ont effectué un long séjour à l'étranger, et de ce fait, nombreux sont ceux qui parlent couramment le français. Et nous espérons qu'il en sera de même pour les collègues qui viendront chez nous car parler allemand est essentiel pour pouvoir comprendre notre travail.

Ces échanges n'interviennent pas seulement dans le cadre de coopérations bilatérales : le Réseau Européen de la Concurrence, dont nous avons déjà parlé, organise une véritable bourse d'échanges, qui connaît un réel succès. Ce programme a été développé sous la responsabilité des Pays-Bas, et il suffit de jeter un œil au site Internet pour voir combien cette bourse prend son essor et fonctionne bien. Mais au-delà de ces échanges, nous avons aussi de nombreuses rencontres entre autorités de la concurrence. C'est pour moi une grande source de satisfaction. Je ne sais pas si c'est quelque chose qui existe aussi au Conseil de la Concurrence, l'organisation y est peut-être différente, mais, au Bundeskartellamt, la jeune génération a constitué un groupe qui rassemble ceux qui demain prendront la relève. Et même si nous les surnommons parfois le "club des lutins", ils savent s'organiser, ont une culture commune et une structure solide : certains de ceux qui occupent des postes plus élevés ont étudié les sciences économiques ou juridiques à l'université. Notre équipe compte 120 personnes dont une bonne quarantaine a moins de 35 ans. Et ils sont 30 à appartenir à ce groupe. C'est pour moi une réelle satisfaction qu'ils aient eu l'opportunité de venir ici à Paris et de rencontrer le Conseil de la Concurrence, mais aussi la DGCCRF. De quoi éveiller la curiosité mutuelle, ce qui constitue un bon point de départ pour une collaboration future. Ce n'est qu'ainsi que nous pourrons agir ensemble.

Et c'est essentiel pour la coopération de nos deux autorités au niveau des organisations internationales. Je vous rappelle, d'ailleurs, à ce propos le cycle de négociation de Doha et les efforts que nous y avons déployés ensemble afin de faire aboutir le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC, réuni à Genève. Nous avons jusqu'à présent toujours œuvré ensemble vers un but commun. Ces groupes de travail ont été précédés par les réunions de coordination entre la Commission et les États membres. Tous ceux qui en ont l'expérience même dans d'autres domaines savent combien

il est précieux quand, en amont de telles réunions, les États membres arrivent d'eux-mêmes à une position commune qu'ils soutiendront ensemble lors des réunions de coordination. Il en va de même dans le cadre de la CNUCED où le Conseil de la Concurrence et le Bundeskartellamt coopèrent d'un commun accord.

En octobre 2001, lors du lancement du Réseau International de la Concurrence (ICN), le Conseil de la Concurrence et le Bundeskartellamt faisaient partie des membres fondateurs. Ce réseau comprend aujourd'hui 84 autorités de la concurrence issues de 74 pays et constitue, à mon sens, un important forum dont le but est non seulement de promouvoir la coopération dans le domaine de la concurrence, mais aussi la convergence vers des objectifs communs. Le Bundeskartellamt, le Conseil de la Concurrence, la DGCCRF, et même la plus haute instance judiciaire française, depuis que M. Jenny a été nommé Conseiller à la Cour de cassation.

Permettez-moi, Monsieur le Président, de vous remercier de votre présence parmi nous aujourd'hui. Notre coopération au sein de l'ICN s'avère très fructueuse. En tant que président de ce réseau, je suis bien placé pour savoir le soutien qu'apporte le Conseil de la Concurrence aux groupes de travail de l'ICN, et souhaite tout particulièrement vous en remercier.

Ayant le plaisir d'accueillir le prochain congrès mondial de l'ICN à Bonn du 6 au 8 juin 2005, j'aimerais dès à présent tous vous y convier. Je trouve qu'il est important de montrer, à cette occasion, ce que signifie organiser ensemble un tel congrès mondial dans une ville imprégnée depuis toujours de culture française. Et pourrait-on imaginer pour ce projet un meilleur appui que les représentants de la France elle-même ?

La collaboration franco-allemande est particulièrement importante dans le cadre du Réseau Européen de la Concurrence. 2004 a vu des bouleversements majeurs dans le paysage européen de la concurrence. Vous avez déjà évoqué le règlement 1/2003 qui est entré en vigueur en mai. Je crois qu'un des bouleversements majeurs est le règlement lui-même, c'est-à-dire la structure qu'il veut mettre en oeuvre. Je dois avouer qu'au début, nous avons eu quelques doutes. Des doutes au sujet du changement de système, qui ne semble pas avoir posé de problème du côté français, mais aussi des doutes au sujet de la vision de ce réseau que semblait avoir la Commission : l'idée de réseau n'apparaissait même pas initialement. Il s'agissait plutôt d'établir un lien strictement vertical et de faire ainsi des autorités nationales de la concurrence de simples collaborateurs de la Commission de Bruxelles. Pas officiellement, bien sûr, sinon la Commission aurait dû nous payer comme des fonctionnaires européens, mais d'un point de vue stratégique. Dès le début, notre avis, que partageaient aussi nos collègues français, était que la défense du principe de libre concurrence ne pouvait se faire qu'à travers un véritable partenariat et qu'elle supposait l'engagement personnel de tous, de chacun des collaborateurs. Chacun doit avoir le sentiment d'être impliqué dans ce qu'il fait. Cette discussion a permis de faire avancer les choses : l'idée de partenariat s'est imposée dans le réseau européen. Maintenant, elle doit aussi se concrétiser dans la pratique. Je crois comme vous que cette première phase, ce premier semestre sont de très bon augure.

Tous les États membres ne partagent cependant pas tout de suite le même point de vue. Il va de soi que les conceptions des autorités de la concurrence françaises et allemandes

>

divergent aussi sur certains points. Mais pour élaborer des solutions aux problèmes, nous avons besoin de la coopération que nous allons encore approfondir aujourd'hui. Le thème de notre première table ronde qui traite de la modernisation n'a pas été choisi par hasard : le débat y portera sur la façon dont le changement de législation influe sur le travail des autorités de la concurrence, mais aussi sur les entreprises, et, dans une certaine mesure, sur la pratique des avocats. Nous verrons qu'entre les points de vue français et allemands, il existe de nombreuses similitudes mais aussi de nombreuses différences intéressantes. Je tiens, dès à présent, à remercier M^e Ellen Braun qui va nous présenter les conséquences du nouveau règlement telles qu'elles sont perçues par les avocats allemands. Pour nos autres tables rondes, nous avons choisi un thème sectoriel : le droit de la concurrence face à la convergence et à la numérisation dans le domaine de l'information et de la télévision. Ce thème illustre parfaitement le fait que le droit de la concurrence n'est pas le seul à être soumis à une constante évolution mais que les nombreuses avancées technologiques créent de

nouvelles manières d'entreprendre auxquelles les autorités de la concurrence doivent adapter leurs stratégies, si elles veulent s'attaquer à ces problèmes et pouvoir échanger sérieusement sur ces sujets.

La problématique n'étant pas la même en France et en Allemagne, il se révèle particulièrement intéressant d'en étudier les répercussions sur le droit de la concurrence tant dans notre milieu que dans celui des médias et d'en tirer les conséquences quant aux différences dans nos méthodes de travail.

Deux interventions traiteront de ces questions du point de vue français et du point de vue allemand. Le Professeur Hubertus Gersdorf de l'Université de Rostock analysera le droit des médias dans un contexte plus général. J'attends avec le plus vif intérêt ces captivantes interventions ainsi que les débats non moins captivants qui suivront. Je tiens à remercier très chaleureusement celles et ceux qui ont travaillé à la préparation de cette journée. Je remercie aussi, de la part de toute la délégation allemande, l'Institut Goethe d'avoir mis à notre disposition ses locaux pour ces tables rondes. »

TABLE RONDE N° 1

L'Allemagne, la France et la modernisation du droit européen de la concurrence

Table ronde présidée par Laurence IDOT, Professeur de droit à l'Université de Paris I, Panthéon Sorbonne.

Intervenants

Konrad OST, Chef de la section Harmonisation de la mise en œuvre du droit de la concurrence, Bundeskartellamt
Thierry DAHAN, Rapporteur général, Conseil de la concurrence
Antoine WINCKLER, Avocat, Cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton
Ellen BRAUN, Avocate, Cabinet Allen & Overy

Laurence IDOT « À titre liminaire, je voudrais d'abord remercier, M. le Président Lasserre, mais également, Mme la Présidente Hagelsteen, qui avait pris l'initiative de cette journée, de m'avoir confié la présidence de cette première table ronde. Après les présentations très complètes que nous venons d'entendre, il me paraît inutile de prolonger l'introduction et je me contenterai d'ajouter que, compte tenu de l'actualité, le choix du sujet de cette première session s'imposait naturellement. Nous allons entendre successivement des représentants des deux autorités de concurrence puis deux avocats. Je leur donne immédiatement la parole. »

I. – Droit de la concurrence en Allemagne, expérience européenne et modernisation

par Konrad OST

Dans ce dédale de thèmes que constitue le droit de la concurrence, je voudrais en aborder trois. Je vais, tout d'abord, vous

présenter les modifications qui interviendront en Allemagne. Je parlerai ensuite de notre expérience avec le réseau européen. Enfin, j'entrerais dans les aspects de la modernisation avec lesquels nous sommes déjà familiarisés en Allemagne, mais qui constituent une innovation dans d'autres pays.

1. La réforme du droit allemand de la concurrence

Sous le nom de 7^e amendement de la GWB (loi relative aux restrictions de concurrence) se prépare en Allemagne une petite révolution du droit de la concurrence. Même si l'impulsion est venue du nouveau règlement européen, cet amendement ne se contente pas de mettre en œuvre ce qui y est prévu. Il existe dans le droit allemand, comme c'était le cas dans le droit européen, une obligation de notification, inconnue en droit français. Avec la disparition du système de notification européen, conserver le système national ne présentait que peu d'intérêt dans la grande majorité des affaires à traiter. D'une manière générale, le but de cette réforme est de s'assurer que des faits similaires bénéficient du même traitement. Il s'agit là d'une forme d'harmonisation à l'échelle nationale, qui va, en fait, au-delà de ce que demande l'UE et qui vise à assurer une certaine cohérence au système. Par ailleurs, au niveau de la pratique, elle offre aussi l'avantage non négligeable d'éviter à nos collaborateurs d'avoir à manier le concept peu précis et difficilement cernable de commerce entre États membres.

Outre cette application du système d'exception légale même pour les accords n'affectant pas le commerce entre États membres, les autres points notables de cette réforme sont l'extension de l'interdiction d'entente aux accords verticaux et la création d'un statut d'exemption général qui renvoie directe-

ment aux dispositions du règlement européen à ce sujet. Il s'ensuit que le Bundeskartellamt disposera de pouvoirs similaires à ceux de la Commission européenne. Par exemple, la prise d'engagement sera introduite parmi d'autres options. Une autre nouveauté, pour laquelle il n'existe pas encore de cadre européen, est le renforcement du Private Enforcement, qui constitue une partie essentielle de cet amendement. S'ajoute à cela un dernier domaine qui lui ne nous intéresse pas aujourd'hui : la réforme du droit de la concurrence de la presse. Pour ce qui est du comportement des entreprises en position dominante ou en position de force sur un marché, s'applique toujours, comme le prévoit expressément le règlement, le droit national quand il est plus strict. Toute pratique discriminatoire ou restrictive de concurrence est donc interdite en cas de position dominante, mais aussi dès qu'une entreprise atteint une certaine puissance sur un marché.

Nous avons actuellement un peu de retard pour ce qui est de la mise en œuvre du droit communautaire et il n'est pas exclu que ce retard s'accroisse encore, non parce que les dispositions du règlement seraient source de débat politique, mais parce que l'on a associé au projet de modernisation, la réforme du droit de la concurrence de la presse, que j'ai mentionnée précédemment et qui, elle, donne lieu à débat, entraînant ainsi certain retard. Nous espérons que cette nouvelle version de la loi entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2005. Nous verrons bien ce qu'il en sera dans les faits.

2. Le réseau européen : premières impressions

L'un des aspects les plus positifs de cette modernisation du droit communautaire, est, à notre avis, la création du Réseau Européen de la Concurrence, grâce auquel les autorités nationales disposent d'un puissant outil qui leur permet de faire appliquer avec encore plus d'efficacité le droit de la concurrence. Ce réseau a une triple fonction. C'est, tout d'abord, un forum qui permet de nombreux contacts informels et crée de la transparence. Il permet aussi une répartition intelligente des affaires. Enfin, il facilite le travail des enquêteurs grâce à l'échange d'information et la possibilité d'enquêter pour d'autres autorités. Un exemple : au début d'une affaire, il se révèle souvent nécessaire d'échanger nos expériences et de discuter de nos problèmes. Il n'est, bien sûr, pas toujours possible de le faire dans un cadre aussi prestigieux qu'aujourd'hui. Heureusement, il existe au sein du réseau un grand nombre de groupes de travail qui rassemblent des représentants de diverses autorités de concurrence européenne. On essaie d'y élaborer une position commune et de travailler ensemble au développement du droit communautaire.

À ces réunions informelles s'ajoute un autre outil de poids : le réseau intranet commun qui offre une plus grande transparence sur toutes les affaires en cours. En plus d'assurer une répartition efficace des affaires, cet intranet représente aussi une source d'informations essentielle. Même lorsque les dossiers ne sont pas directement liés mais présentent des structures similaires, il peut servir à compléter une analyse ou à découvrir la méthodologie qu'avait appliquée une autre autorité. L'objectif est ici de débattre ensemble de l'évolution du droit communautaire, un débat auquel les autorités nationales peuvent aujourd'hui, depuis la réforme du droit procédural, participer plus pleinement.

La répartition au cas par cas des affaires entre les différentes autorités fonctionne bien, même si, pour le moment, le cas de figure ne s'est présenté que rarement. Le système a néanmoins prouvé récemment qu'il pouvait fonctionner. Ainsi, dans une affaire, de nombreuses discussions préliminaires à l'enquête ont permis de déterminer dans quels pays se si-

tuaient les effets notables et quelle autorité de la concurrence était la mieux placée pour traiter le dossier. Ces effets étant très limités dans de nombreux pays, ces derniers ont donc pu renoncer à poursuivre, sachant que d'autres allaient engager une procédure. Cette réflexion commune a aussi permis de déterminer dans quels pays des enquêtes s'avèreraient utiles, puis de coordonner celles-ci efficacement.

Ce n'est pas seulement au début de la procédure mais durant tout au long de celle-ci que le réseau peut s'avérer d'une grande utilité. Les quelques mois depuis l'entrée en vigueur du règlement ont suffi à montrer que de telles collaborations pouvaient mener à de francs succès. Dès fin mai, soit très peu de temps après la mise en application du texte, le Bundeskartellamt, qui soupçonnait des fabricants de papier de s'être entendu pour faire baisser les prix à l'achat du vieux papier, a demandé à son homologue autrichien, conformément aux dispositions de l'article 22 du règlement, de saisir et de lui communiquer des documents qui se trouvaient en Autriche. Le recours à l'entraide judiciaire qui s'était jusque là révélé d'utilisation peu commode, appartient désormais au passé. Les informations sensibles aussi peuvent désormais s'échanger sans trop de paperasserie. Le Bundeskartellamt est déjà intervenu sur demande d'autres autorités nationales. En juillet 2004, l'autorité italienne a engagé une procédure contre des fabricants de lait pour bébés : elle a fait part de ses soupçons d'entente restrictive de la concurrence au Bundeskartellamt et aux autres autorités européennes. Dans une action commune en France, en Allemagne, en Espagne et en Italie, des entreprises ont été perquisitionnées et des documents qui se sont avérés essentiels pour l'instruction italienne ont été saisis. Le réseau n'en est qu'à ses débuts, mais ces premières expériences nous laissent présager qu'une arme efficace contre les infractions au droit de la concurrence a ainsi été créée.

3. Notre expérience en tant qu'*Amicus Curiae*

Selon le nouveau règlement, la Commission ou toute autorité de la concurrence peut rendre un avis auprès des tribunaux nationaux, notamment au cours d'une procédure civile. Le Bundeskartellamt dispose d'une longue expérience dans ce domaine. Sur ce point, le règlement 1/2003 n'affecte en rien la situation en Allemagne, les dispositions du droit allemand ayant servi de modèle au texte européen. Depuis des années, les juridictions allemandes informent le Bundeskartellamt de toute affaire ayant trait au droit de la concurrence. Habituellement, elles nous communiquent l'acte introductif d'instance. Notre section juridique effectue ensuite une première évaluation de l'affaire et décide si nous devons nous impliquer plus avant en demandant la communication de toutes les pièces et du dossier complet, ou si une copie de la décision nous suffira.

En interne, l'affaire est transmise au rapporteur concerné : c'est le cas d'environ 200 à 300 affaires sur les centaines de litiges dont le Bundeskartellamt est informé chaque année. Chaque procédure ne donne pas lieu à un avis, ne serait-ce que pour des raisons de personnel : nous nous limitons, en général, aux affaires traitées par la Cour Fédérale de Justice. Un avis oral est ensuite rendu par le responsable du département juridique ou par le vice-président. Dans certains domaines, il est complété par un avis écrit. Dans les affaires importantes, un avis peut aussi être rendu dans une procédure en première ou en deuxième instance.

Il s'agit, somme toute, d'un processus lourd, mais l'effort, à notre avis, se justifie. Ce suivi des procédures civiles nous fournit de précieux renseignements. Les rapporteurs se tiennent ainsi informés des problèmes qui existent sur le marché.

>

Il est même arrivé que le dossier d'une telle procédure civile amène le Bundeskartellamt à ouvrir une enquête. Ainsi ce membre de cartel qui avait essayé de faire valoir en justice des droits qu'était censée lui conférer la convention de l'entente. Les parties n'étaient certainement pas bien conseillées par leurs avocats, car à peine avions nous eu connaissance de l'affaire qu'une perquisition a été ordonnée. La procédure s'est soldée par une amende.

Par ailleurs, notre participation active au niveau des procédures civiles se justifie par le fait que d'importantes questions de fond du droit de la concurrence sont tranchées au cours de ces procédures. En Allemagne, c'est la même chambre de la Cour Fédérale de Justice qui statue sur les procédures civiles ayant trait à la concurrence et sur celles engagées par le Bundeskartellamt. Si, lors d'une action civile une telle question est soulevée, le Bundeskartellamt a tout intérêt à ce que la décision soit conforme à son interprétation.

Enfin, il faut noter qu'un avis du Bundeskartellamt peut parfois s'avérer déterminant pour une conclusion favorable de la procédure. À l'heure où, tout comme le législateur européen et son projet de livre vert sur le Private Enforcement dans le domaine du droit de la concurrence, le législateur allemand a fait part de sa volonté de renforcer le droit privé, un avis du Bundeskartellamt ou d'une autre autorité nationale de la concurrence peut grandement influencer une procédure, et encourager une application civile du droit de la concurrence allant dans le sens du Bundeskartellamt.

Pour autant que les nouvelles règles de procédure des autorités de la concurrence incluent cette possibilité, nous ne pouvons, d'après notre expérience, que saluer un tel développement. Alors que ma brève intervention arrive déjà à sa fin, j'aimerais ajouter que cette modernisation du droit procédural européen a eu de nombreuses conséquences, dont une grande partie constitue une nouveauté pour l'une ou l'autre autorité nationale de la concurrence. Arriver à ce que les autorités de la concurrence collaborent dans la confiance, de manière concrète au cours des affaires et au-delà, en s'entraidant grâce au partage de leurs expériences, constitue une première étape essentielle vers une application juste et efficace du droit de la concurrence en Europe. Nous ne sommes encore qu'au début du chemin, mais nous pouvons y arriver.

II. – L'évolution de la législation

par Thierry DAHAN

1. Les changements obligatoires

Il s'agit des modifications des législations : l'application directe et prééminente du Traité de Rome ; la décentralisation de l'article 81-3 ; la mise en place du réseau. En France, l'ordonnance du 4 novembre 2004 a apporté des modifications qui découlent directement du nouveau règlement et des compléments qui n'étaient pas forcément attendus. L'article 5 du règlement prévoyait la capacité du Conseil de recevoir des engagements, d'infliger des astreintes ; l'article 15 du règlement porte sur l'*amicus curiae*, pratique que l'autorité française ne connaissait pas. Parallèlement, deux modifications législatives sont intervenues : la réforme du secret des affaires, qui est très utile pour la convergence avec les autres États membres et la Commission, et le changement des règles de prescription.

S'agissant des engagements et des astreintes, je n'ai pas grand-chose à dire puisque le dispositif législatif et réglementaire n'est pas complet ; des textes d'application seront peut-être

nécessaires pour connaître le mode d'emploi des engagements. L'allongement de la prescription ne constitue pas un changement majeur pour la pratique du Conseil ; cela sera cependant important pour conserver des cas qui sont actuellement prescrits en France sans l'être dans de nombreux autres États membres ou au niveau communautaire. Pour autant, je n'imaginerai pas, sauf à désespérer les entreprises, que le Conseil profite de l'interruption de prescription seulement tous les cinq ans pour allonger ses délais de traitement des affaires. Cela ne devrait pas changer grand chose à l'avenir, même si un ou deux cas par an pourraient être sauvés au moment de la saisine grâce à cette prescription de cinq ans.

Le changement est beaucoup plus important pour le Conseil en ce qui concerne le secret des affaires, pour les méthodes de travail mais aussi quant aux relations et à la confiance que les entreprises auront dans les procédures françaises. Mais là encore il faut attendre le décret en Conseil d'État, prévu par la loi, pour apprécier le nouveau dispositif.

Parallèlement, nous n'avons aucune expérience en matière d'*amicus curiae*, à la différence des Allemands. Le législateur français a été bienveillant avec nous car à défaut de modifier ce type d'intervention, il a prévu de simplifier la carte des juridictions spécialisées dans le droit de la concurrence. L'un des articles de la loi nouvelle prévoit en effet que seuls quelques tribunaux de France pourront traiter de la concurrence ; cela devrait simplifier à l'avenir le rôle d'*amicus curiae*.

2. Les changements attendus

Le premier effet attendu était la convergence et l'application des droits et de la jurisprudence. Pour la France, l'effet ne sera pas très sensible puisque le Conseil de la concurrence appliquait le droit communautaire depuis longtemps et que le Collège tendait à aligner la jurisprudence nationale sur la jurisprudence communautaire. À court terme, pour les services d'instruction, la préparation des affaires ne sera pas très différente que par le passé. De plus, si l'article 81, § 3, du Traité n'était pas appliqué en France, l'article de loi nationale équivalent l'était selon le principe de l'exception légale : la défense du progrès économique était invoquée par les entreprises en cours de procédure et non par une notification préalable.

En revanche, la convergence des pratiques en raison des contacts que nous avons par le biais du réseau, devrait être sensible. On pense à la nécessaire coordination des calendriers et des modes d'intervention en matière d'enquête. Ainsi, nous avons un cas en commun avec les Anglais, dans lequel une enquête partielle en France doit être complétée par des auditions en Angleterre ; nous avons déjà pris des contacts approfondis avec l'OFT (ndlr : Office of Fair Trading) pour savoir dans quelles conditions ces auditions étaient pratiquées et quel était le niveau de preuves exigé pour mettre en jeu le règlement 1/2003. Parallèlement, dans la pratique, la manière dont les Anglais obtiennent des informations des entreprises peut être différente de la nôtre ; nous devons donc nous adapter et tirer des leçons pour notre propre fonctionnement en France. Nous fondons beaucoup d'espoirs sur ce cas ; si tout se déroule bien, l'affaire, qui n'aurait sans doute pas pu aboutir en France, pourrait le faire grâce à cette coopération.

Nous connaissons également plusieurs cas de saisines multiples dans des affaires de clémence. Cette procédure qui avait été peu utilisée en 2002 et 2003 a connu un succès grandissant en 2004, avant et après l'entrée en vigueur du règlement. Dans le cadre de procédures concernant des cartels communautaires et plusieurs États membres, les entreprises sont conduites à demander la clémence dans les États membres concernés et à la Commission. Les contacts sont donc très

approfondis, tant avec la Commission qu'avec les autres autorités ; il s'agit d'un moteur assez important de coordination. Dans un cas, cette dernière a conduit à désigner un leader, qui n'était ni la France, ni l'Allemagne, pour fixer les lieux et les dates de perquisition ; il est possible que la France ne conserve pas le cas au fond s'il est mieux traité par les autres autorités. De même, dans d'autres cas récents, les dates de perquisition ont fait l'objet de coordinations fortes, notamment entre la France et l'Allemagne.

Ce fonctionnement conduit à découvrir des pratiques différentes puisque le fait de décider d'ouvrir une procédure ou d'accorder la clémence a des sens différents selon les pays. En France, un Collège décide quasiment de toutes les étapes importantes de la procédure, ce qui n'est pas le cas des autorités qui ont une architecture plus administrative, donnant lieu à une prise de décision hiérarchique, sans que cela ne ralentisse ou n'accélère nécessairement les choses. Ainsi, en 2004, le Conseil de la concurrence a pu traiter par deux fois une affaire de clémence en moins d'une semaine, malgré un mode de décision collégial et non hiérarchique.

Il existe aussi un cas d'exportation de produits espagnols vers la France, dans lequel nous n'avons pas encore contacté l'autorité espagnole ; il existe un autre cas dans lequel une entreprise italienne impliquée en France a été mise hors de cause après un échange avec l'autorité italienne ; enfin, un autre cas concerne l'activité d'une filiale d'une grande entreprise allemande en France, dans lequel nous n'excluons pas de rencontrer nos collègues allemands.

3. Les bienfaits collatéraux

Le premier bienfait est l'accélération de certaines procédures nationales grâce au réseau et à leur dimension communautaire. C'est vrai pour la clémence mais aussi en partie pour les transactions. En effet, les contacts multipliés avec les avocats et les entreprises en cours de procédure, ainsi que le dialogue beaucoup plus nourri concernant les solutions juridiques à apporter, conduisent à lever des réticences et à envisager plus facilement une transaction. La nouvelle procédure d'engagement sans reconnaissance préalable des griefs devrait accélérer encore ce bienfait collatéral car les engagements seront utilisés tant au plan communautaire que national.

Le deuxième bienfait est la conséquence du premier. Le Conseil de la concurrence avait peu de contacts avec les entreprises car il ne disposait pas de système de notification préalable des accords. Au contraire, dans les pays où existe un système de notification, les autorités sont en contact permanent avec les entreprises, qui font examiner leurs accords, demandant à quelles conditions elles peuvent bénéficier de l'exemption. Cette familiarité des entreprises nationales avec leur autorité de concurrence n'existait pas en France, ce qui était un handicap ; cette situation évolue actuellement et dans le bon sens. Le troisième bienfait collatéral est que le Conseil de la concurrence est maintenant obligé de travailler par anticipation au moment de la saisine. En effet, l'article 11-3 du règlement impose de savoir très rapidement si le droit communautaire est en jeu ou pas, puisque le cas doit être placé sur le réseau si la réponse est positive, avant que l'on détermine quelle est l'autorité la mieux placée pour le traiter. Cela conduit à effectuer une analyse approfondie des cas très en amont, ce qui modifie les méthodes de travail et est utile pour toutes les procédures. Cela nous conduit à redoubler d'efforts à court terme, car il y a un effet de stock, mais c'est un bienfait à long terme. Nous devons également anticiper lors de la mise en œuvre de l'article 11-4 qui impose que l'on propose une solution un mois avant la décision : en la matière, le fonctionnement par-

ticulier du Conseil de la concurrence impose que la solution proposée soit toujours celle qui est présentée par les services d'instruction, ce que la Commission a eu, au départ, quelques difficultés à comprendre. En droit français, une fois le rapport écrit, les avocats ou les parties en défense peuvent encore déposer des observations auxquelles il n'est pas répondu par écrit. Ce dernier tour contradictoire, auparavant renvoyé à la procédure orale, doit être dorénavant pris en compte de façon plus précoce, surtout s'il doit peser dans la décision finalement proposée. Même si l'on peut considérer que la qualité de l'instruction et des décisions était déjà satisfaisante, l'apport d'un regard extérieur, celui du réseau, nécessitera de faire un nouvel effort qualitatif lors de la préparation des solutions proposées au Collège. C'est un bienfait car les procédures sont longues : tout ce qui permet de les accélérer, de les améliorer et donc de les sécuriser est donc positif.

III. – Le régime d'exception légale

par Antoine WINCKLER

Je vais vous fournir deux illustrations, qui auront pour objet de répondre à la question que je vous propose : pour un praticien, le régime d'exception légale français était-il une anticipation du règlement n° 1/2003 ?

Premier cas

Imaginons une multinationale pharmaceutique décidant de lancer un programme interne de logistique qui lui permet de planifier par avance, sur une base nationale, les quantités de médicaments mis sur le marché, les estimations étant effectuées en fonction des quantités vendues les années précédentes.

Dans l'ancien système, nous devions effectuer une analyse de fond, qui conduisait à poser certaines questions difficiles. S'agit-il d'une répartition de quotas pour éviter les exportations parallèles ? S'agit-il d'un système de logistique parfaitement efficace et légitime ? S'agit-il d'un acte unilatéral ? Existait-il une « entente » avec les membres du réseau de distribution ? Le groupe multinational est-il dominant sur chacun des produits pour lesquels il dispose de brevets ? Comme l'enjeu était énorme, nous demandions à nos clients de rencontrer la Commission, plus particulièrement le fonctionnaire sectoriel au sein de la DG Concurrence. Ce dernier était déjà normalement familier du secteur pharmaceutique et avait déjà eu de nombreux contacts avec les entreprises ; il avait connaissance des accords passés précédemment et des décisions antérieures prises dans le secteur ou dans des secteurs équivalents. Le fonctionnaire sectoriel pouvait alors demander une notification et/ou fournir une indication de départ, valable pour l'ensemble des accords du même type.

En pratique, cette démarche de notification avait un effet de préemption très fort. En effet, on pouvait compter sur une règle non-écrite qui faisait que les autorités nationales n'interviendraient pas sur ce type d'accord lorsque la Commission était déjà saisie du cas – en particulier par notification. Très souvent autant il est difficile pour un avocat d'expliquer au juge local éventuellement compétent pourquoi un système d'accords complexes – par exemple, un système de planification de la production d'un produit pharmaceutique – est ou non légitime au regard d'un droit de la concurrence en pleine évolution, autant il était jusqu'à l'introduction de la réforme facile d'indiquer au juge que le système mis en place serait traité au plan européen et qu'il pouvait suspendre son examen en attendant une solution commune.

>

Depuis la réforme, la gestion des contraintes du droit de la concurrence est beaucoup plus complexe, pour des raisons de fond et de forme.

Sur le fond, il est en effet possible de recréer une cohérence, au niveau du régulateur national, entre le droit applicable et celui qui doit l'appliquer. Cela passe pour l'avocat ou le conseil interne par une étude consistant d'abord à se demander comment le régulateur national/communautaire va appliquer le droit européen ou national à la question de fond posée. Pour répondre à cette question, en l'absence de précédent clair, il faudra observer les positions adoptées historiquement par le régulateur en question ; dans le cas évoqué, il s'agira, en l'espèce, d'étudier la façon dont le Conseil de la concurrence a appliqué la règle de raison, ou l'applicabilité de l'article 81 et des articles 420 et suivants du Code de commerce français, ainsi que le bilan concurrentiel à un système de distribution complexe. La particularité du système français est que nous disposons d'exemples en la matière mais ces exemples font apparaître une certaine difficulté pour le praticien.

De fait, la règle française conduit à la mise en œuvre de solutions assez ouvertes. Le régulateur français a suivi très tôt une approche de type règle de raison. Cela a été le cas pour les décisions « historiques » *Produits Cosmétiques*, *JVC Vidéo* et *Appareils Photographiques* des années 80 et début 90. Le Conseil de la concurrence avait également très tôt décidé que des licences exclusives de technologies ne constituaient pas des restrictions de concurrence lorsqu'elles permettaient au contraire à la concurrence d'apparaître sur le marché et à un nouvel acteur de vendre un produit sous brevet. C'est une approche assez intéressante qui allait plus loin que les solutions européennes équivalentes. Par ailleurs, le régulateur français avait déjà appliqué le bilan concurrentiel mais cela n'avait été le cas que très rarement, précisément dans sept cas au cours de la période 1986/2004. Mais la grande difficulté provient du fait qu'il est très difficile de tirer une doctrine administrative claire de ces précédents tant les conclusions semblent limitées aux circonstances spécifiques de ces affaires et en l'absence de textes d'orientations (comparables aux Communications de la Commission).

Au plan européen, nous sommes confrontés à une évolution assez intéressante. Il existait les anciens cas *Remia* et du *Maïs*, sur les clauses de non-concurrence, pour lesquels le niveau européen avait accepté une approche de type règle de raison. Très rapidement, cette évolution avait été arrêtée, au moins au titre de l'article 81, par exemple par la décision *Transeuropean Night Express*, dans laquelle le juge avait dit qu'il n'existait pas de règle de raison en droit européen. Mon impression est que l'approche basée sur la règle de raison réapparaît de façon récente sous deux formes au niveau européen : dans la récente communication de la Commission sur l'article 81-3 concernant l'application des accords horizontaux – qui fait la part belle à la notion de « *nécessité objective* » d'une restriction pour permettre à une opération pro-concurrentielle d'avoir lieu, ainsi qu'à propos de l'article 82. En la matière, on peut renvoyer, par exemple, aux conclusions de l'avocat général Jacobs dans la récente affaire Glaxo indiquant, à propos des systèmes de planification de la distribution pharmaceutique, qu'il y peut y avoir des comportements restrictifs d'entreprises même en position dominante qui ne sont pas nécessairement abusifs ; en l'espèce, en effet, les restrictions résultant des systèmes de contingentement mis en place par l'entreprise pharma-

ceutique ne changent rien à la position du consommateur ultime (le prix public étant fixé par les systèmes de santé nationaux).

Ces analyses sont, en France comme à Bruxelles, de plus en plus de nature microéconomique, ce dont nous pouvons nous réjouir car, sur le fond, la crédibilité de la politique de la concurrence dépend d'une analyse économique approfondie. Toutefois, face par exemple à un système de planification de la distribution pharmaceutique, la réponse d'un économiste est elle-même très complexe et souvent ne permet pas de conclure aisément à la légitimité ou non de la mesure.

Les réponses ne sont pas non plus évidentes du point de vue procédural. L'ancien système conduisait à une approche très collaborationniste et proactive avec les régulateurs, au moins au niveau européen. Le travail du praticien était de se demander quel régulateur peut ou va intervenir et comment faire pour qu'il accepte la légitimité de l'accord préparé. Les textes prévoyaient une possibilité procédurale pour cette collaboration dans un cadre *ex-ante* et non-contentieux d'« *éducation réciproque* » ; le nouveau système fait disparaître la collaboration avec le régulateur au profit d'une analyse du risque contentieux et oblige le praticien à se poser plusieurs questions. Quelle autorité doit-il rencontrer ? À quel moment faut-il le faire - sachant que le régulateur n'est plus en position d'apporter aucune garantie de nature juridique. Les critères de choix ne sont pas simples. De même, lorsqu'une enquête est commencée, la question peut se poser de savoir quand elle devient « *traitée* » (et donc préemptive) au sens du Règlement n° 1/2003. En la matière, les réponses restent donc encore assez floues.

Deuxième cas

C'est l'exemple de la nouvelle direction d'un fabricant de boulons et de vis, qui constate que des contacts ont eu lieu entre concurrents par le passé, que le Comité marketing du syndicat professionnel en France a pris des mesures communes après l'apparition d'une loi, de façon à ce que les coûts soient répercutés de façon équivalente chez les producteurs, et qu'au niveau de la Fédération européenne, des contacts secrets ont été pris après des dîners officiels afin qu'une société fiduciaire suisse se charge de collecter des statistiques détaillées et récentes de capacités de production, de ventes et de prix. Imaginons qu'une enquête de la Commission a déjà eu lieu sur l'un des produits, les vis par exemple.

Dans ces conditions, les premières questions qui se posent sont : comment et à quel moment traiter des autres activités affectées par les pratiques illégales mais non encore couvertes par l'enquête ? Dans quelles conditions peut-on élargir l'effet de l'immunité recherchée, au plan communautaire et national à la fois ? Se pose également la question de savoir quelle est l'autorité « *la mieux placée* » : La Commission traitera-t-elle l'ensemble des cartels ou faut-il rencontrer toutes les autorités de la concurrence potentiellement concernées, pour l'activité boulons par exemple qui n'est pas encore couverte par l'enquête entamée par la Commission ? Cet examen doit ensuite conduire le praticien à se poser également la question du *private enforcement* : le fait d'aller parler à un régulateur risque de déclencher une vague de menaces de procès en responsabilité civile, y compris dans des pays qui, jusqu'à récemment, ne semblaient pas touchées par ce nouveau contentieux de la concurrence. Aux États-Unis, il faut couvrir le risque d'une *class action* : des avocats

disposent de sites sur lesquels, lorsqu'une inspection de concurrence est annoncée, ils invitent les internautes à les contacter s'ils pensent que les produits concernés ont été vendus aux États-Unis. Des fonds d'investissement achètent même les demandes en dommages et intérêt, les centralisent et payent un retour sur investissement. Tous les échanges avec les autorités de la concurrence deviendront donc potentiellement très délicats ; les documents qui seront remis à l'autorité ne seront plus couverts par le secret professionnel/ « *privilege* ». La manière dont la collaboration se déroulera sera donc un thème très sensible : il semble qu'en France, le Conseil, de même que la Commission à Bruxelles, se soient montrés attentif à ce risque.

Une autre difficulté est celui du rapport entre les programmes de clémence et les sanctions pénales. En France, la transmission au procureur ou leur implication dans les enquêtes au niveau local est de plus en plus d'actualité (comme c'est le cas en Grande-Bretagne). De nouveau, cela devrait faire réfléchir les dirigeants des entreprises ou le praticien consulté. Une entreprise et ses cadres dirigeants ne jouera le jeu du *whistle blower* que si elle est assurée de disposer de l'immunité pas simplement au regard des sanctions administratives mais également dans un contexte pénal.

Aux États-Unis, la possibilité du « *plea-bargaining* » au plan pénal vient d'ailleurs compléter la possibilité offerte au régulateur de négocier une immunité administrative.

Le praticien est enfin, confronté à une dernière difficulté qui est celle de l'absence d'harmonisation des systèmes d'immunité de niveau communautaire et national. En effet, si la communication de clémence est détaillée au plan communautaire (procédures à suivre, délais à respecter, etc.), il n'existe par exemple pas d'équivalent au plan français. Sur son principe même, il n'y a pas, en France en particulier, d'automatisme dans l'octroi de l'immunité à l'entreprise qui est la première à se « *confesser* » des pratiques illicites : il ne s'agit que d'une simple faculté accordée à l'autorité de concurrence. De même, si le détail des conditions d'exonération sont connues au plan communautaire, en France, elles ne le sont que grâce à une conférence de Madame Hagelsteen. Ces incertitudes affectent bien sur l'efficacité des politiques de concurrence.

En conclusion, à mon sens, le système d'exception légale français est une préparation très utile pour l'avenir mais ne constitue qu'une partie de la réponse. De fait, ce système était quelque peu comparable à celui de la dissuasion nucléaire française : la France vivait à l'abri d'un parapluie beaucoup plus large, celui de la Commission ; les autorités ont peu utilisé la technique du bilan concurrentiel car elles savaient dans les cas les plus aigus qu'une discussion directe sous le « *parapluie* » du système de notification avait lieu au plan communautaire. Cette attitude devrait changer. Par ailleurs, je suis frappé par la proximité des systèmes français et allemand, ce qui est de très bon augure.

Finalement, si je dois répondre à la question de départ, qui était de savoir si le système d'exception légale français était une préparation au nouveau régime du règlement 1/2003, après ce très bref questionnement je me contenterai de citer la conclusion d'un poème de Goethe : « *Die Götter bleiben stumm ! Du halte Dich ans Weil, und frage nicht : Warum* » (ndlr : « *Les dieux restent muets ! Tiens-t'en au parce que, ne demande pas le pourquoi* »).

Laurence IDOT « Nous allons maintenant voir si les perceptions sont identiques de l'autre côté du Rhin. »

IV. – Les conséquences sur la pratique du droit du 7^e amendement de la GWB

par Ellen BRAUN

En tenant compte à la fois de nos premières observations et des changements qui devraient intervenir dans la pratique suite à cet amendement, je vais aborder brièvement trois thématiques particulièrement importantes en raison de leur influence actuelle sur le nouveau paysage de la concurrence. Je débiterai par l'auto évaluation et l'auto application par les entreprises. Je passerai ensuite aux nouvelles modalités du *Public Enforcement*, qui ont déjà été de diverses parts abordées. Je conclurai enfin sur le *Private Enforcement*, en m'attachant tout particulièrement à l'amendement de la GWB et aux développements récents.

1. L'auto évaluation et l'auto application par les entreprises

Je parlerai d'abord de la pratique et aborderai ensuite les lignes directrices. En effet, le plus souvent, ce qui se fait dans les entreprises ne correspond pas aux lignes directrices et vice versa, celles-ci n'ayant pas de caractère obligatoire. La solution se trouve certainement, comme ce fut le cas jusqu'à présent dans les procédures informelles. Le Bundeskartellamt a, en effet, constaté que par le passé, pour ce qui est des exemptions, c'est-à-dire § 2 à 7, des discussions informelles étaient à l'origine d'environ la moitié des dossiers. Seuls 20 % étaient issus de demandes officielles, et 20 %, de plaintes.

D'après la nouvelle version de la GWB, le Bundeskartellamt pourra prendre les mêmes décisions que la Commission : il pourra donc décider de ne pas intervenir tant que l'entreprise tient ses engagements ou disposer d'un programme de clémence (No-action Letter). Ces décisions reposeront sur les mêmes critères stricts que ceux de la Commission. Il est intéressant que l'exposé des motifs du projet de loi indique à ce sujet que la sécurité juridique ne pourra être, et ne sera, assurée dans certaines affaires délicates qu'avec l'aide du Bundeskartellamt, ce qui, d'une part, n'est pas pour lui déplaire mais peut, par ailleurs, poser un problème de moyens.

Je crois, et je ne suis pas la première à le dire, qu'un des grands avantages de la pratique allemande est que le Bundeskartellamt a toujours été ouvert à de tels contacts informels et continuera à l'être, à l'avenir. Les incertitudes dans l'application du droit dont a parlé M. Winckler surviennent dans de très nombreuses affaires qui ne suivent pas vraiment les structures décrites dans les lignes directrices. Cependant, les inconvénients des procédures informelles sont eux aussi évidents, mais comme ils sont liés au nouveau système d'exception légale, on ne peut pas les imputer aux intéressés. De plus, il ne faut pas oublier, qu'en Allemagne la conception du fait justificatif est assez restreinte.

Si de telles incertitudes sont liées à cette autoévaluation et qu'il est peu probable qu'il en aille autrement dans les quelques années à venir, les règles qui régissent l'attribution de la responsabilité ainsi que les risques associés en deviennent d'autant plus importants. On peut constater en observant le passé que les règles en vigueur étaient très sévères. S'il existait un doute au regard de la loi, celui-ci s'exerçait pratiquement en défaveur de l'entreprise. Dans ce cas, elle ne pouvait se prévaloir d'une interprétation favorable. Elle ne pouvait pas non plus affirmer que sa cause était sérieusement défendable. De plus, l'erreur de droit n'est excusable que si une décision de justice différente n'était pas envisageable, ou bien, s'il y a eu mauvais conseil juridique. Ce dernier cas ne s'est présenté

>

qu'une seule fois et a peu de chance de se reproduire : il a, par ailleurs, donné lieu à une enquête approfondie afin de déterminer si chacun, avocat comme entreprise, avait bien fait de son mieux.

La situation dans le droit européen était jusqu'à présent similaire, même si l'on conseillait toujours la notification, afin d'éliminer les risques. La question qui se pose bien sûr maintenant est de savoir si la nouvelle législation va accroître ces risques, car, comme l'a dit M. Winckler, les cas d'incertitude sont très, très nombreux. Si, à chaque incertitude, le doute joue en défaveur de l'entreprise, on peut considérer que le risque est effectivement accru. La solution se trouve probablement du côté de la procédure informelle qui offre une certaine protection. Dans les procédures civiles, elle devrait jouer un rôle similaire, que renforcera l'*Amicus Curiae*, même si son impact, notamment devant les premières instances, est encore incertain.

Une autre solution serait de laisser aux entreprises la marge d'appréciation dont disposait jusqu'à présent la seule Commission. Ou encore, en abordant le problème autrement, d'assouplir quelque peu les règles d'attribution de la responsabilité. Nous verrons bien quelle solution sera adoptée dans la pratique, notamment par les juges.

2. Public Enforcement – Le Réseau Européen

Le réseau européen est très actif. En août, l'intranet comportait 200 dossiers, dont pas moins de 30 pages du seul Bundeskartellamt. Les deux affaires de cette année ont déjà été jugées : l'affaire du vieux papier et l'affaire du lait pour bébés. La semaine dernière, nous avons eu une nouvelle affaire dans le domaine sanitaire pour laquelle cinq autorités de la concurrence ont enquêté ensemble. Une remarque, cependant : l'affaire du vieux papier a montré qu'il fallait prendre certaines précautions en renvoyant à l'objet de l'instruction légitimant l'échange d'information entre autorités. Si la formulation et la définition de cet objet sont relativement ouvertes dans le droit allemand, il s'est avéré au cours de cette affaire que, dans la pratique, en Autriche, cette définition est bien plus détaillée. On peut se demander si la pratique allemande ne gagnerait pas à faire figurer davantage de détails.

Une autre question qui a déjà été abordée concerne les procureurs allemands : étant donné que les affaires d'ententes mettant en jeu des subventions relèvent du droit pénal et donc de leurs compétences, les procureurs peuvent-ils, doivent-ils, ou, au contraire, ne doivent-ils surtout pas appartenir au réseau ? Les opinions divergent. Pour le Bundeskartellamt, la réponse est clairement non. Le Bundesrat, d'après sa déclaration, a visiblement considéré cette possibilité. Pour ma part, je pense que l'article 50c de la nouvelle GWB devrait nous amener à ne pas donner suite. Les avocats s'inquiètent surtout du fait que les règles de compétences ne constituent pas une obligation juridique, mais sont établies uniquement par des déclarations de principes. Nous avons vu lors de l'affaire du vieux papier quelles pouvaient être les conséquences. Il ne s'agit là pas encore d'une pratique figée. On peut donc se demander si, dans des situations similaires, plusieurs autorités ne pourraient pas toutes entamer une procédure dans un même secteur (ici, la fabrication de papier) avec des objets qui, pour certains, se chevaucheraient. À la fin de l'enquête, il serait alors possible de décider qui fait quoi, quelle autorité a compétence, qui poursuit. On limiterait ainsi l'impact du hasard et les problèmes.

3. Private Enforcement

En raison d'une situation du droit particulière à l'Allemagne, la pratique y est établie mais limitée à certains domaines. Comme

les comportements abusifs et discriminatoires du fait d'entreprises en position dominante ou en position de force sur un marché ont toujours été interdits, il existe dans ce domaine une riche jurisprudence. Comparativement, les actions en dommages-intérêts ou en abstention suite à d'autres types d'infractions, comme les cartels d'achat, les cartels de soumission, les boycotts et les procédures abusives, sont plutôt rares. Telle n'est cependant pas la situation dans tous les domaines. Récemment, suite notamment à la décision de la Commission dans l'affaire des vitamines, a été intentée une action en dommages-intérêts dans une affaire d'entente sur les prix et de quotas. On peut dire que, jusqu'à présent, les actions de ce type sont, dans leur très grande majorité, restées sans succès.

C'est dans ce contexte que le législateur et le Bundeskartellamt se sont fixés pour objectif de renforcer le *Private Enforcement*, devançant ainsi la Commission. Jusqu'à présent, le problème était de savoir qui pouvait engager une action : la nouvelle version de la GWB y apporte une solution. La question n'est plus sujette à controverse : en effet, à l'avenir, la possibilité d'engager une action sur la base de ces dispositions spéciales ne se limitera plus aux seuls concurrents, donc des entreprises victimes des pratiques discriminatoires et restrictives, mais sera aussi ouverte à l'ensemble des acteurs du marché. C'est sur ce point que portait jusqu'à présent le débat. Les juridictions souhaitaient empêcher que de telles actions, engagées notamment par les clients des cartels ne se multiplient de façon exponentielle : ces limitations n'existeront plus à l'avenir.

Le *Private Enforcement* se trouve aussi renforcé par le fait que la nouvelle GWB reconnaît les décisions rendues par toutes les autorités de la concurrence européennes. C'est-à-dire non plus les seules décisions allemandes, mais aussi celles des autorités de la concurrence européennes ou celles rendues par les juridictions dans le cadre d'une procédure administrative. C'est une nouveauté sans précédent.

Venons-en aux règles relatives à l'administration des preuves pour l'article 81, § 3. C'est un sujet qui est d'une grande importance pour la pratique. La communication de la Commission parle de vraisemblance, alors que, pour le *Private Enforcement*, dans le cadre d'une procédure civile, il s'agit, en fait, de certitude. C'est pourquoi on a envisagé d'alléger la charge de la preuve, notamment en ayant recours à la preuve par présomption, où l'on considère qu'il existe une séquence d'événements, admise par l'expérience générale et qu'il suffit de démontrer la réalité du premier élément pour que l'on puisse présumer de la suite. Si l'on examine la pratique, il ressort cependant que l'on ne sait pas exactement quelles réalités et quels principes économiques ont été retenus lors de l'estimation des dommages, notamment.

Plus précisément, lors d'actions en dommages-intérêts qui suivent la condamnation par une autorité, se pose concrètement la question de l'évaluation des dommages qu'a subis le client. On conçoit aisément que le client ait payé un prix plus élevé, un prix d'entente. Il a probablement aussi subi un manque à gagner, car, à cause du prix élevé, il a dû réduire son volume d'achat. Le cas échéant, il lui a aussi fallu engager des frais supplémentaires afin d'acquérir des produits de substitution. Le fait que le prix soit plus élevé que dans une situation de libre concurrence peut être prouvé, certes avec difficulté, en faisant, par exemple, une analyse historique du marché, c'est-à-dire une comparaison « avant/après ». La question qui se pose alors est de savoir dans quelles proportions le prix plus élevé est correctement répercuté sur le client.

Il nous faut remarquer que sur ce point, la jurisprudence récente nous apporte des réponses diamétralement oppo-

sées. Le tribunal régional supérieur de Karlsruhe part du principe que ce que le demandeur considère être un prix d'entente, est, en fait, correctement répercuté conformément au marché. Si tel n'est pas le cas, c'est au demandeur d'en apporter la preuve. À l'inverse, le tribunal régional de Dortmund affirme qu'au vu de l'expérience générale, il faut s'attendre à un prix d'entente plus élevé. Il existe donc un prix de libre concurrence théorique qu'il est possible de déterminer. Ainsi le prix plus élevé n'est pas, en règle générale, répercuté correctement au client. S'il en est autrement, c'est au mis en cause de le prouver. La compréhension des réalités économiques n'est visiblement pas la même partout.

En conclusion, il peut être intéressant de comparer la pratique du droit en France et en Allemagne. Comme vous pouvez le voir, le règlement 1/2003 ne suffit pas en lui-même, à créer un « *level-playing-field* » (environnement équitable) pour les entreprises, mais la coopération entre les deux autorités nous permettra d'y arriver. Merci.

Laurence IDOT « Il me revient de lancer le débat. J'ai été très intéressée par l'expérience allemande sur l'*amicus curiae*, que nous ne pratiquons pas beaucoup en France. Ma question est pour Monsieur Ost. Le Bundeskartellamt intervient-il uniquement sur les ententes horizontales ou également, compte tenu de la dissociation qui existe en droit allemand entre ententes horizontales et ententes verticales, sur les questions de relations verticales ? »

Konrad OST « Notre politique est de rendre un avis dès qu'une question importante du droit de la concurrence est soulevée par la Cour Fédérale de Justice, et ce, même si elle applique le droit européen. »

Robert SAINT-ESTEBEN « Est-ce que l'avis fait l'objet d'une procédure contradictoire préalable au sein du Bundeskartellamt ? Quel est le taux de suivi de l'avis par les juridictions ? »

Konrad OST « Les avis du Bundeskartellamt sont préparés de façon interne par notre département juridique. Ils ne sont pas rendus publics ou discutés avec les parties. Le responsable du département juridique se base sur cette préparation pour intervenir en tant que consultant indépendant lors de l'audience. La question était : est-ce qu'il y a une confrontation préalable ? La réponse est non. L'avis oral n'est communiqué que lors de l'audience. Dans de rares cas s'ajoute cependant un avis écrit pour le dossier complet : dans le domaine de l'énergie, par exemple, présenter un tel avis oralement se révèle presque impossible. Dans ce cas, l'avis est communiqué aux parties avant l'audience afin qu'elles puissent se préparer. On ne peut pas dire que l'on suive nos avis les yeux fermés, considérant que, de toute façon, nous avons raison. Néanmoins, les juridictions nous font très régulièrement part de l'importance qu'elles accordent à nos avis. Nous sommes, de ce fait, convaincus que nous faisons oeuvre utile. Les juridictions restent bien sûr indépendantes. Nous ne tenons même pas de statistiques sur le nombre de fois où nos avis ont été suivis. Nous nous contentons d'attendre la décision. »

Professeur BAZDO « Monsieur Dahan a fait mention d'un cas franco-anglais, dans lequel l'applicabilité de l'article 81 a fait l'objet d'une considération des deux

parties. Existe-t-il des cas où cette question a été tranchée différemment dans les deux pays ? Comment peut-on l'éviter ? »

Thierry DAHAN « Pour décider de l'applicabilité du droit communautaire et de la possibilité de mettre en œuvre le règlement, nous faisons face des intérêts ou des préjugés divergents. L'idée de départ est qu'il y a une plus grande sécurité pour le rapporteur s'il invoque le droit communautaire assez largement, afin d'éviter les contestations. En revanche, lorsque l'application de ce droit ouvre des pouvoirs d'enquête plus grands, les parties préfèrent ne pas suivre cette voie. Pour l'instant, l'on constate une prime pour rechercher la sécurité juridique pour les autorités nationales. Toutefois, pour aller en enquête, il faut disposer d'arguments très sérieux, sous peine que les entreprises contestent l'application du droit communautaire. Par exemple, lors de notre dialogue avec l'OFT, il s'agissait de savoir si notre justification de la mise en œuvre du droit communautaire était suffisante pour qu'il entre en coopération avec nous ; je pense que cela sera le cas.

Par ailleurs, il est beaucoup trop tôt pour savoir si des divergences apparaîtront dans les décisions. Il arrivera certainement que des parties contestent l'application ou la non-application du droit communautaire ; un juge devra alors trancher. En revanche, au niveau des services d'instruction, la priorité est clairement la sécurité de la procédure. »

Question de la salle « En Allemagne, les tribunaux suivent les *amicus curiae* du Bundeskartellamt au niveau des Länder. C'est moins vrai au niveau de la Cour Suprême, cette dernière contrôlant le Bundeskartellamt au plan administratif. Je souhaite poser une question aux intervenants français. Vous n'avez pas d'expérience de négociation avec les entreprises en cas de problème de concurrence puisque vous ne disposez pas de système de notification. Toutefois, l'article 5 du règlement 1/2003 vous offre la possibilité d'écrire des lettres de non-intervention. Avez-vous l'intention d'encourager les entreprises à prendre contact avec vous pour discuter de leurs problèmes ou allez-vous rester passifs ? »

Thierry DAHAN « Bien entendu, nous ne restons pas passifs et nous souhaitons mettre en œuvre toutes les possibilités offertes par le règlement. Dans tous les cas, les difficultés à engager des contacts ne proviennent pas uniquement du Conseil ; les avocats et les entreprises français ont peut-être des réticences à surmonter. Dans le cas de la procédure de clémence, nous constatons la pression communautaire mais aussi que ce sont des filiales d'entreprises américaines ou nordiques qui déclenchent la procédure en question et qui aident ainsi les entreprises françaises et leurs conseils à changer de culture. Pour leur part, les entreprises françaises n'entrent pas spontanément dans ce genre de discussion ; le raisonnement est le même pour la prise d'engagements. Le Conseil de la concurrence n'est pas réticent quant à l'application de ces procédures. Il faut simplement un certain apprentissage et une éducation des parties pour les faire progresser.

Le raisonnement sera probablement le même pour les engagements ex-ante, destinés à clore les poursuites, par exemple la décision prise par la Commission à propos de

>

Coca-Cola. Nous verrons si les entreprises françaises saisissent cette opportunité ; si elles le font, le Conseil de la concurrence les accueillera avec bienveillance. Pour autant, nous ne pouvons pas faire le tour du monde économique en demandant aux entreprises de lancer des procédures. Je suis relativement optimiste au vu de l'expérience récente. Qui aurait pu croire qu'avant la fin de l'année 2004, nous aurions huit cas de clémence? »

Ulf BÖGE « Je ne vois vraiment pas pourquoi le Conseil ou, d'une manière plus générale, les autorités de la concurrence, devraient solliciter les entreprises. En réalité, il s'agit plutôt d'un service qu'elles offrent aux entreprises confrontées à un doute. C'est à elles de venir. Notre tâche est de les informer de l'existence de cette possibilité afin qu'elles ne s'aventurent pas sans le savoir dans une entente potentiellement interdite. Les entreprises qui sont dans des cartels purs et durs ne viennent de toute façon pas, et celles qui bénéficient, sans l'ombre d'un doute, des exemptions de catégories, ne viennent pas non plus. Mais il existe entre les deux, une certaine zone de flou, où se pose la question de savoir quelles dispositions appliquer. Et c'est là qu'il faut offrir un service. En tout cas, c'est ce que fait le Bundeskartellamt, c'est ce qu'il a toujours fait et qu'il continuera de faire sans changer grand-chose à son approche. L'autre question que je me pose est, me semble-t-il, liée à une différence entre nos deux autorités, dans la mesure où s'applique le droit national, en tout cas. En Allemagne, nos pouvoirs d'enquête sont clairement définis. Nous pouvons exiger des entreprises tous les renseignements dont nous avons besoin pour nous prononcer. Il a été dit auparavant que ce n'était pas le cas en France. Mais lorsque vous appliquez le droit communautaire, vous avez bien des pouvoirs d'enquête, non ? »

Thierry DAHAN « Bien entendu, nous avons le pouvoir de demander des choses aux entreprises. Toutefois, dans le cadre des engagements, la discussion se noue souvent à l'initiative des entreprises. Pour ma part, je souhaiterais connaître la réaction de Maître Winckler sur la culture des entreprises françaises et des avocats. Constatez-vous pour la clémence des différences selon la nationalité de vos clients ? »

Antoine WINCKLER « Cela dépend davantage de la culture de l'entreprise que de sa nationalité. Pour certaines entreprises, les procédures sont très précises ; cela n'est pas le cas pour d'autres. »

Laurence IDOT « Il m'appartient de conclure cette première session. Il n'est pas utile d'insister sur l'intérêt de la confrontation de ces deux systèmes

juridiques, qui présentent néanmoins un point commun fondamental. En effet, dès l'origine, à la différence de certains de leurs homologues, je pense en particulier à l'exemple britannique, les deux autorités allemande et française ont eu la possibilité d'appliquer le droit communautaire. Toutefois, au-delà de ce point commun, les systèmes sont très différents sur le terrain des règles de fond, du moins pour les exemptions, puisque le système français a toujours adopté le système dit d'exception légale alors que le droit allemand était fondé sur le système d'autorisation préalable. Les différences sont également importantes en ce qui concerne les institutions, même si les deux États ont désigné comme autorités spécialisées des autorités administratives : le Bundeskartellamt n'est pas le Conseil de la concurrence et réciproquement. Dès le début de la réforme, nous savions que le règlement 1/2003 entraînerait une convergence des systèmes nationaux, convergence que nous constatons déjà. En effet, nous sommes tous plus ou moins obligés de tendre vers le même objectif, même si le chemin suivi varie en fonction du point de départ. En Allemagne, la réforme affecte surtout le fond du droit, et la nouvelle révision de la loi de 1957, actuellement en cours, sera certainement la plus importante que vous ayez jamais connue. En France, la réforme des textes, qui vient tout juste d'intervenir, est minime – il ne s'agit que d'adaptations –, mais le nouveau règlement affecte d'ores et déjà en profondeur les méthodes de travail des autorités de la concurrence, et plus particulièrement celles du Conseil. À titre personnel, je vois d'ailleurs mal comment à terme le Conseil de la concurrence pourra poursuivre sa tâche dans sa structure actuelle, conçue sur le modèle de l'autorité administrative indépendante des années 80, qui me paraît de plus en plus inadaptée...

Parallèlement, pour les entreprises, l'enjeu de la réforme était la sécurité juridique. Après les interventions de ce matin, je crois que nous avons été à peu près rassurés quant au fonctionnement du réseau. Vous nous avez dit, en effet, que les débuts étaient encourageants et satisfaisants. En revanche, j'ai perçu une grande interrogation chez les avocats face au phénomène de globalisation, même si le mot n'a pas été prononcé, phénomène qui touche également le droit de la concurrence : l'exemple des programmes de clémence est topique. Nous constatons que de nombreux efforts ont d'ores et déjà été effectués au sein du réseau pour coordonner et articuler les programmes de clémence, afin d'éviter les ruptures ; il reste à savoir si ces espoirs sont fondés, sachant que la principale interrogation porte sur ce qui se passe aux États-Unis, concernant en particulier le private enforcement et les actions en réparation... » ♦

TABLE RONDE N° 2

Nouveaux médias – nouveaux problèmes?

Le droit de la concurrence face à la convergence et à la numérisation en Allemagne et en France

L'expérience allemande, présidée par Peter KLOCKER, directeur du Bundeskartellamt, chef du département des questions de principe, des affaires de concurrence européennes et internationales.

Intervenants

Hubertus GERSDORF, Professeur de droit à l'Université de Rostock
 Holger DUBBERSTEIN, Rapporteur à la 7^e section de décision responsable de télécommunications et de produits informatiques, Bundeskartellamt
 Andreas BARDONG, Responsable des questions générales sur les industries de réseaux, Bundeskartellamt

Répondants

Anne PERROT, Vice-présidente du Conseil de la concurrence
 Paul SEABRIGHT, Professeur d'économie à l'Université de Toulouse I

Peter KLOCKER « Bienvenue au deuxième tour de discussion de la journée commune du Conseil de la concurrence et du Bundeskartellamt. Nous aborderons la question : Nouveaux médias – nouveaux problèmes ? C'est le défi lancé par la convergence et la numérisation en matière du droit de concurrence en France et en Allemagne. La table ronde ce matin portera sur les problèmes allemands et cet après-midi seront abordées les questions françaises. Nous verrons que les situations de départ sont en partie très divergentes ce qui soulève aussi des problèmes différents. Nous parlerons de télécommunication, du marché câblé, de la télévision, d'Internet, de DSL et des médias de la presse. Parlant du marché câblé, vous verrez qu'il peut inclure la réception de télévision, mais aussi des télécommunications, Internet et l'accès rapide à Internet (DSL). Certaines matières présentent beaucoup de concordances. Il s'agit de marchés fortement dynamiques. C'est pourquoi, il faut régulièrement les apprécier sous l'aspect du droit de la concurrence.

Voilà quelques exemples : il n'y a pas si longtemps, nos salons étaient équipés d'un câble en cuivre mis à disposition par l'opérateur monopoliste. Le réseau téléphonique était donc aux mains de l'opérateur monopoliste sans aucune alternative. Ce n'est qu'au fur et à mesure de la libéralisation européenne à la fin des années 90 que nous avons pu constater sur certains marchés allemands une concurrence croissante. En ce qui concerne les communications régionales, la Deutsche Telekom a perdu près de 50 % de son marché sans grandes pertes de chiffres d'affaires car, suite à la baisse des prix, on a enregistré d'importants élargissements quantitatifs. En ce qui concerne le dernier kilomètre, la boucle locale, il n'y a pratiquement pas eu de changements : là, la Telekom détient toujours son monopole. Quelques années plus tard il s'est avéré que ce câble en cuivre permettait non seulement des communications fixes mais aussi une liaison rapide avec Internet à savoir DSL. L'ancien

monopole a permis à la Deutsche Telekom de créer une position dominante confortable aussi dans ce domaine. Il y a quelques années, seulement quelques mille foyers de la technique accédaient à l'Internet par DSL, ce qui montre bien le dynamisme des marchés de télécommunications. Aujourd'hui, on compte plus de 5 millions d'abonnés en Allemagne. D'après les estimations récentes de l'institut allemand de recherches économiques, le nombre des abonnés sera entre 17 et 18 millions en 2008. Vu le développement technique en matière de DSL, la rapidité de transmission de données s'accroît continuellement. Ce développement rend possible aujourd'hui la téléphonie par Internet. Maintenant la paire de cuivre permet la téléphonie dans le réseau fixe et, grâce au DSL, aussi la téléphonie sur Internet. Par conséquent, les opérateurs des réseaux câblés craignent non sans raisons qu'à long terme les abonnés risqueraient de se désintéresser du réseau câblé et qu'ils résilieraient leur contrat de téléphonie fixe pour utiliser seule l'autre moitié de la paire de cuivre, la connexion DSL, qui leur permet également de téléphoner. Pour les autorités de concurrence et de régulation se posent donc les questions suivantes : À quel prix ? À moitié prix ou au tarif plein de la mise à disposition de la paire de cuivre ? Qu'est ce qui se passe avec les investissements des gestionnaires dans le réseau ? Ce sont des questions actuellement débattues en Allemagne. Les marchés en question doivent donc être revus régulièrement au titre du droit de la concurrence. Il en va de même pour le marché câblé. Ce marché présente de nouvelles perspectives qui sont différentes en Allemagne et en France. J'ai appris hier soir que le marché câblé n'a pas la même importance en France qu'en Allemagne. En France, 70 % des abonnés regardent des programmes TV par voie terrestre. En Allemagne, ce ne sont que 6 à 7 %. Par le passé, l'Allemagne s'est dotée d'un important réseau câblé mettant aujourd'hui à disposition la télévision, l'Internet à larges bandes et la téléphonie. Nous examinerons sous différents aspects le dynamisme des marchés de télécommunication et les conséquences qui s'en suivent.

Permettez-moi de vous présenter les intervenants de cet atelier. À côté de moi se trouve M. Dr Bardong qui travaille dans la direction "politique de la concurrence" du Bundeskartellamt. Il vous présentera ses observations sur le nouveau droit des télécommunications de même que sur les nouvelles procédures européennes d'analyse de marchés qui ne sont pas sans problèmes. Monsieur Dubberstein avait travaillé dans la direction "politique de concurrence", dans la section "contrôle des concentrations", et est maintenant dans la section de décision chargée d'affaires spécifiques en matière de télécommunication. Il a participé aux derniers examens d'opérations de concentration

>

importantes. Il abordera les questions soulevées dans le cadre des examens. Mais, le premier exposé sera fait par M. Gersdorf, professeur du droit des médias à l'université de Rostock, qui vous donnera un aperçu de l'envergure de la réglementation. Madame Perrot, Vice-Présidente du Conseil de la concurrence, répondra à vos questions, de même que M. Paul Seabright, un vrai européen. M. Seabright est anglais et titulaire d'une chaire d'économie en France. Il pourra prendre position sur les questions allemandes. C'est avec grand plaisir que nous l'accueillons dans l'atelier. Madame Perrot et M. Seabright vous présenteront leurs observations à l'atelier cet après-midi. Mais maintenant, je donne la parole à M. le professeur Gersdorf. »

I. – La régulation des médias en Allemagne: aperçu rapide et perspectives d'avenir

par Hubertus GERSDORF

Au risque de soutenir une position isolée ou même de me marginaliser parmi les experts du droit de la concurrence dès mon entrée en matière, je tiens à rappeler le principe structurel de notre constitution en matière de communication. Il faut assurer que l'État veille à ce que les opérateurs de télévision et d'autres fournisseurs de contenu aient les mêmes possibilités d'accès aux voies de transmission et aux plateformes numériques. L'essentiel ne consiste donc pas à empêcher de fausses allocations économiques, mais il faut assurer que notre démocratie pluraliste joue le jeu et que les règles en matière de télécommunication restent ouvertes. Les médias ne sont pas simplement des facettes de la vie économique, il leur revient une importance particulière au sein de la société. Le fonctionnement de la concurrence économique est certes une condition indispensable au bon fonctionnement de la concurrence de la presse qui permet la diversité. Mais ce n'est pas suffisant. L'étatisme et la diversité culturels dans les médias exigent une nouvelle réglementation.

Tout d'abord, permettez-moi de vous donner un aperçu rapide de la régulation des médias en Allemagne, c'est-à-dire : la régulation de la concurrence économique et la régulation de la concurrence dans le secteur de la presse. Qui est responsable de quoi en Allemagne ? Ensuite, je voudrais me consacrer aux questions actuelles qui se posent aux régulateurs dans un proche avenir. J'aborderai d'abord la régulation purement technique. Ensuite, je parlerai des domaines classiques de la régulation en matière d'accès et de tarifs.

1. La régulation de la concurrence au niveau économique et de la presse – le rôle du « Bund » et des « Laender »

Les médias sont soumis aux règles de concurrence et par conséquent aussi au droit anti-trust. En Allemagne, les marchés de télécommunication sont régis par le droit anti-trust général et le droit en matière de télécommunications qui vise les particularités du secteur. Il incombe au Bundeskartellamt d'appliquer le droit antitrust général et c'est l'autorité de régulation des télécommunications et des postes (appelée ci-après le régulateur) qui est responsable de la mise en œuvre du droit antitrust spécifique (loi sur les télécommunications).

Comment délimiter les compétences du Bundeskartellamt par rapport à celles du régulateur ? Notez que la loi sur les

télécommunications en tant que droit spécifique prime le droit anti-trust général. La loi sur les télécommunications régissant les questions principales en matière de l'accès au réseau et de la régulation des tarifs, la compétence en la matière revient au régulateur chargé de l'exécution de cette loi. D'autres questions concernant le contrôle des concentrations, l'interdiction des ententes et les ententes sur les prix n'étant pas régies par la loi sur les télécommunications, elles sont de la compétence du Bundeskartellamt.

C'est ce qui se passe au niveau fédéral, regardons de plus près les Laender. La République fédérale d'Allemagne n'est pas le seul État fédéral au monde. Mais, elle est le seul État où la régulation des contenus des médias électroniques est régie par les collectivités locales et non par l'État fédéral. Aux États-Unis par exemple, il revient en principe à une autorité centrale de déterminer les normes des médias électroniques en ce qui concerne les contenus. Pour vous donner un autre exemple : en Autriche, qui est aussi un État fédéral, la compétence de l'audiovisuel est attribuée au gouvernement fédéral et non aux États fédérés. Il en est autrement en Allemagne. Les questions de l'accès au réseau et de la régulation des tarifs font non seulement l'objet de la réglementation fédérale, mais aussi de celle des Laender. Ces règles sont mises en œuvre par les organismes de l'audiovisuel des Laender – qui sont au nombre de 15. Vous voyez donc comme la mise en œuvre des lois peut être complexe et compliquée en Allemagne. En France, il n'y a qu'une seule autorité responsable de la mise en œuvre des règlements et de la surveillance de l'audiovisuel, le CSA, le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Il existe donc une seule instance de régulation en France qui veille aux développements juridiques dans ce domaine. Sans oublier que la régulation des marchés de télécommunication est strictement séparée de la régulation en matière de l'audiovisuel. Par contre, en Allemagne, nous connaissons un grand nombre d'instances de régulation. Au niveau fédéral, vous avez le Bundeskartellamt, le régulateur ainsi que les organismes de l'audiovisuel des 15 Laender. Il est donc nécessaire de coordonner les processus de décision des autorités compétentes. Le Bundeskartellamt et le régulateur sont liés par une procédure de coopération progressive. Les deux autorités doivent s'accorder sur les décisions à prendre en matière d'analyse et de définition de marché. Dans tous les autres domaines importants (accès au réseau, régulation des tarifs etc.) le régulateur est tenu de consulter le Bundeskartellamt, mais peut prendre sa décision sans l'accord de ce dernier. Les organismes de l'audiovisuel, le Bundeskartellamt et le régulateur coopèrent également entre eux.

Quels sont les critères de la régulation dans les différents secteurs ? Le droit antitrust fédéral vise la protection de la concurrence économique. Son objectif consiste à parer aux dangers issus de concentrations économiques. En revanche, le droit des Laender en matière de l'audiovisuel vise également à parer aux dangers pour les médias qui peuvent découler du libre jeu des forces sur le marché. L'objectif principal de la régulation en la matière est l'égalité des chances sur le secteur de la communication. Il s'agit notamment de permettre également l'accès au marché de l'audiovisuel aux petits fournisseurs sans grande puissance économique. Le droit antitrust ne peut empêcher que des abus sur le marché. Il ne s'oppose pourtant pas aux principes de la rationalité économique. Les instruments du droit anti-trust n'ont pas effet sur les décisions d'un opérateur s'inscrivant dans une rationalité économique. Je reviendrai plus loin sur ce point.

2. Les thèmes actuels et futurs faisant l'objet de la régulation

Permettez-moi de me pencher à présent sur quelques champs de la régulation.

a) La régulation technique

Tout d'abord, quelques questions de la régulation technique, notamment en ce qui concerne les conditions prévues par le droit européen et national pour le *set-top box* permettant la réception de la télévision numérique. Le *set-top box* permet la visualisation des signaux numériques sur l'écran TV analogue. Les logiciels des *set-top boxes* peuvent être conçus de manière à rendre difficile l'accès des opérateurs télévision. Il faut veiller à ce que ces logiciels ne limitent pas la réception à certains opérateurs télévision, par exemple à ceux de la télévision payante. Par ailleurs, la régulation ne devrait pas poser des obstacles à l'ensemble des programmes TV ainsi qu'à d'autres services tels que le guidage électronique ou des programmes de message électronique. Le *set-top box* cache un grand potentiel de discrimination auquel la régulation devra faire face. Enfin, précisons que pour le *set-top box*, il faut un logiciel d'exploitation comparable à celui nécessaire à un ordinateur, par exemple Microsoft XP. Ce logiciel d'exploitation constitue la base pour d'autres applications – ce qui est par exemple Word pour un ordinateur. Pour que ces logiciels fonctionnent sur le *set-top box*, ils doivent être liés par une interface commune. Il est important que cette interface soit ouverte afin de garantir l'interopérabilité de tous les logiciels. Il faut éviter que la réception du système de guidage de l'opérateur A soit possible alors que celle de l'opérateur B ne le soit pas. Pour cette raison, le législateur exige l'ouverture des interfaces des *set-top boxes*. Pour le moment, il n'y a que MHP, le standard *multimedia home platform*, ou bien le standard HTML qui permet l'interopérabilité entre les deux logiciels et qui satisfait à cette règle.

Par ailleurs, il faut garantir la réception des programmes par le *set-top box* tant de la télévision payante que de la télévision généraliste. C'est aussi une exigence du législateur. Est-ce que cette règle s'applique également au cas où les programmes de télévision payante seraient transportés par voie de DSL ? Les exigences avaient été retenues à l'origine pour les réseaux de diffusion TV classiques (câble, satellite). Est-ce que les règles de la régulation technique s'appliquent aussi aux réseaux DSL ? Cette question se posera souvent dans la pratique de la régulation.

Jetons un regard rapide sur les systèmes de guidage. Le système de guidage électronique doit permettre au téléspectateur de s'orienter face à la diversité de l'offre en programmes TV et d'autres programmes. La conception de l'interface utilisateur peut avoir une influence déterminante sur le succès d'un opérateur au niveau économique et de la presse. Un programme qui est placé au 250^e rang aura des difficultés de trouver de téléspectateur. Il est donc dans l'intérêt de tout opérateur d'obtenir un placement favorable sur cette surface. Vous voyez donc les risques de discrimination que comporte la conception de la surface utilisateur. Mais, le potentiel de discrimination ne fait pas l'objet du droit en matière de télécommunication. L'autorité fédérale a attribué la responsabilité en la matière aux Laender. Les Laender devront donc veiller à ce que tous les opérateurs aient les mêmes possibilités d'accès à cette surface graphique.

b) La régulation de l'accès au réseau

La loi sur les télécommunications comporte un régime spécial sur l'accès. Est-ce que les fournisseurs de contenus tels

les opérateurs télévision peuvent demander l'accès aux voies de transmission à titre de ce régime-là ? Non, il n'en est pas ainsi. Le régime spécial protège seul les opérateurs de télécommunication, c'est-à-dire tout opérateur fournissant des services techniques et non les opérateurs de contenus que sont les opérateurs télévision. Ces derniers ne bénéficient donc pas du régime spécial.

Toutefois, l'opérateur télévision peut bénéficier d'une définition spéciale d'abus qui vient d'être intégrée dans la loi sur les télécommunications. Je voudrais examiner brièvement cette question. Première condition : l'opérateur doit exercer une puissance significative sur le marché. La question est si l'opérateur d'un réseau de diffusion à larges bandes exerce une telle puissance significative. On a souvent avancé l'argument que l'opérateur câble TV se trouverait en concurrence avec l'opérateur satellite TV et, par conséquent, qu'il n'exercerait pas de puissance significative. Je n'arrive pas à suivre cette argumentation car, en règle générale, les foyers ne disposent pas de deux systèmes de réception : satellite et câble à larges bandes. En principe, la réception des programmes TV se fait soit par réseau câblé à larges bandes soit par satellite. Par conséquent, l'opérateur télévision n'a pas de choix dès que le foyer est seulement raccordé au réseau câblé. C'est pourquoi, le gestionnaire de réseau câblé détient à mon avis un monopole. Par conséquent, les éléments constitutifs d'une importante puissance de marché sont réunis pour les gestionnaires de réseaux câblés en Allemagne.

La deuxième condition : il doit s'agir d'un comportement abusif. Il s'agit d'un comportement abusif dès que le gestionnaire de réseau traite de manière différente certains opérateurs télévision qui veulent alimenter le réseau. Il importe de savoir – et c'est la troisième et dernière exigence – si le traitement inéquitable des opérateurs peut être justifié par les faits. L'exemple suivant permet d'élucider la question : serait-il justifié que l'opérateur d'un programme à forte portée et de grand intérêt pour le grand public – par exemple RTL – reçoive l'accès à un réseau câblé alors qu'un programme à portée plus faible s'adressant à un petit nombre de téléspectateurs – par exemple ARTE – n'ait pas accès au réseau ? L'appréciation juridique demande une approche différenciée. S'il y a suffisamment de capacités libres, le gestionnaire du réseau câblé est tenu de donner l'accès à tous les programmes vu sa position dominante. Par contre, si les capacités sont limitées, donc en cas de rareté, il est tout à fait correct du point de vue du droit des télécommunications que le gestionnaire alimente le réseau d'abord avec les programmes attractifs aux dépens des autres programmes s'adressant à un plus petit nombre de téléspectateurs. Cet exemple montre que le droit anti-trust seul ne suffit pas à garantir l'égalité des chances en matière de communication. Il existe des lacunes à combler par le droit de l'audiovisuel des Laender.

c) La régulation des redevances

À l'avenir, la réglementation des redevances gagnera en importance dans la pratique de régulation. Le gestionnaire finance son réseau à travers les redevances qu'il demande aux opérateurs télévision et à travers les redevances versées par les abonnés du réseau câblé. Les opérateurs doivent verser des tarifs de transport et les abonnés du câble des frais de raccordement ainsi que, le cas échéant, des frais supplémentaires pour l'abonnement de programmes spécialisés.

Étudions maintenant la question des tarifs de transport. La politique des gestionnaires de réseaux large bande consistait jusqu'à présent à demander le même tarif pour le même service de transport. L'attraction des programmes ne jouait pas

>

de rôle. Le modèle américain ne s'est pas encore imposé en Europe. D'après le modèle américain, l'opérateur télévision ne paie rien pour l'alimentation du réseau, au contraire, c'est lui qui est payé par le gestionnaire de réseau. Il n'est pas exclu que certains éléments du modèle américain s'appliquent aussi en Allemagne.

Il serait pensable que le gestionnaire de réseau paie l'opérateur qui propose un programme attractif alors qu'il demanderait des redevances de la part de l'opérateur fournissant un programme moins attractif et à portée réduite. Les règles en matière de télécommunications permettent-elles des tarifs différents ? À ce jour, le régulateur est de l'avis que les mêmes tarifs sont applicables aux mêmes services. Je pense que cette position n'est pas fondée en droit anti-trust. Il est tout à fait légitime du point de vue économique que les conditions d'accès soient fixées par le gestionnaire de réseau en fonction de l'attraction et de la portée des programmes et que les opérateurs respectifs soient donc traités de manière différente. Si ARTE devait payer un tarif 30 fois plus élevé que RTL, ceci représenterait une rationalité économique et, à mon avis, serait légitime au vu du droit en matière de télécommunications, car RTL attire 30 fois plus de téléspectateurs que ARTE. Cet exemple montre également que les Laender sont appelés à prévoir des réglementations supplémentaires en matière de l'audiovisuel. Les lacunes de protection dues au droit des télécommunications devraient être comblées par le biais du droit des Laender. Le droit anti-trust seul n'est pas en mesure de garantir l'ouverture de nos règles en matière de communication. Je vous remercie de votre attention.

Peter KLOCKER « Je vous remercie. Vous avez mis en évidence la diversité des problèmes, allant de la responsabilité respective du Bund et des Laender, aux surfaces de programmes, à la puissance de marché et au monopole du gestionnaire. Il est certain que les autorités de la concurrence sont d'un avis différent en ce qui concerne les marchés. Bien sûr, les fournisseurs de programme se trouvent face à un monopole car ils n'ont pas d'alternative. S'il s'agit également d'un monopole face au consommateur final c'est une autre question. Certains sujets seront peut-être repris par d'autres intervenants. Je cède la parole à M. Bardong. »

II. – La participation du Bundeskartellamt aux procédures engagées par l'Autorité de régulation des télécommunications et des postes

par Andreas BARDONG

Je voudrais vous exposer comment le Bundeskartellamt participe aux procédures engagées par l'Autorité de régulation des télécommunications et des postes (appelée ci-après le régulateur). Dans le domaine des télécommunications, le Bundeskartellamt est responsable du contrôle des concentrations et des abus et, en outre, il est associé d'une certaine manière aux procédures de régulation – notamment à l'analyse des marchés. Ce ne sont pas nos propres procédures. Notre participation est toutefois vitale. D'ailleurs, c'est également la raison pour laquelle nous abordons la question aujourd'hui.

Les analyses de marché sont des procédures précédant la régulation effective. On examine la manière de définir un marché des télécommunications, s'il existe une concurrence effective sur le marché et s'il faut prendre des mesures de régulation allant au-delà du droit de concurrence général. Ainsi, une analyse du régulateur portant sur la boucle locale a donné les résultats suivants : au niveau national, il existe un marché de gros des services permettant l'accès à la boucle locale. L'ex-monopoliste Deutsche Telekom occupe une position dominante sur ce marché. Je vous expliquerai plus loin le rôle que joue le Bundeskartellamt dans la procédure d'analyse de marché ainsi que nos premières expériences. Tout d'abord, je tiens à vous expliquer brièvement ce qui suit l'analyse. Dans l'étape suivante, le régulateur retient les mesures de régulation nécessaires à savoir : quelles obligations à imposer aux opérateurs en situation dominante. Ensuite, le régime de régulation est appliqué dans le cadre de procédures concrètes.

Après ces informations générales, je voudrais entrer dans le détail. Dans quelle mesure les analyses de marché réalisées par le régulateur en matière de télécommunication sont-elles susceptibles de lancer de nouveaux défis aux autorités de concurrence ? J'ai étudié la question sous l'aspect de la convergence et tiens à mettre en exergue trois aspects. Premièrement : le droit matériel. La convergence de la régulation en matière de télécommunication ainsi que du droit de la concurrence. Deuxièmement : le régime national. La convergence de la pratique décisionnelle au niveau national. Le rôle des autorités nationales de la concurrence. Troisièmement, le régime européen. La convergence de la pratique décisionnelle au sein de l'UE. Le rôle de la Commission.

1. Régulation et droit de la concurrence

Le nouveau régime du secteur des télécommunications adopté en mars 2002 a pour objet de rapprocher la régulation du droit général de la concurrence. Ainsi, on procède d'une part à une définition du marché en fonction de critères concurrentiels au lieu d'appliquer le dispositif législatif en matière de régulation. Notamment le critère applicable aux opérateurs soumis à la régulation a été adapté au droit général de la concurrence. SMP, « *significant market power* », c'est-à-dire une puissance significative sur le marché n'est plus définie comme un seuil fixe de parts de marché s'élevant à 25 %, mais est considéré dans le sens de la domination du marché, une notion que nous connaissons du droit général de la concurrence. Aujourd'hui encore, l'ex-monopoliste Deutsche Telekom AG remplit très souvent ce critère en Allemagne. Par contre, il est intéressant d'étudier les domaines qui n'ont pas encore été soumis à la régulation ainsi que les concurrents. Pour vous donner un exemple : la terminaison d'appels vers d'autres réseaux téléphoniques. Il s'agit notamment des réseaux des « *citycarrier* » qui ont leurs propres réseaux téléphoniques au niveau local et régional. L'exploitant de réseau doit acheter ce service si l'abonné souhaite appeler un numéro extérieur à son réseau. Il se posent donc les questions suivantes : est-ce que la terminaison vers un réseau particulier constitue un marché en soi ? Les concurrents relativement petits sont-ils en position dominante parce qu'ils contrôlent l'accès aux abonnés ? Ou faut-il prendre en considération la puissance d'achat de la Deutsche Telekom qui, elle, contrôle la majeure partie du réseau fixe en Allemagne, c'est-à-dire le plus grand nombre de terminaisons vers des réseaux alternatifs vient de ses abonnés. Cette question se pose dans les analyses de marché du régulateur en ce qui concerne les interconnexions dans le réseau fixe. La terminaison vers le mobile soulève des questions similaires.

Le cadre réglementaire européen n'est pas complètement cohérent en ce qui concerne le rapprochement de la régulation en matière de télécommunication. La Commission établit une liste de marchés abstraits sans que les marchés respectifs ait fait l'objet d'analyses de marché exhaustives. Les analyses sont réalisées une fois que ces marchés se trouvent sur la liste de recommandation de la Commission. Cela ressemble à une procédure législative. Ça nous paraît singulier à nous autorités de concurrence. Nous entendons autre chose par analyse concurrentielle. Le rapprochement au droit général de la concurrence a toutefois d'autres limites. La définition du marché n'est pas non plus la même chose dans le droit anti-trust si l'on compare le contrôle des concentrations et des abus. Au niveau de la régulation, il faut également accepter que la définition du marché se fasse en fonction de la nécessité de régulariser un secteur.

2. Les droits de participation du Bundeskartellamt dans les procédures d'analyse de marché engagées par le régulateur. La convergence de la pratique décisionnelle dans le secteur des télécommunications

Quels sont les droits conférés au Bundeskartellamt ? Comment fonctionne la coopération dans la pratique ? Le Bundeskartellamt a un droit de veto en ce qui concerne la définition du marché. Il en va de même pour déterminer si l'opérateur dispose d'une puissance significative sur le marché. Par ailleurs, toute analyse doit faire l'objet de l'avis du Bundeskartellamt. Les droits conférés au Bundeskartellamt lui donnent la possibilité d'influer de manière considérable sur les procédures d'analyse de marché du régulateur. Déjà l'ancienne loi sur les télécommunications avait octroyé ce rôle au Bundeskartellamt. Comment cela fonctionne dans la pratique ? Entre temps très bien. Cependant, il y a eu des cas où le régulateur a remis son projet de décision si tard au Bundeskartellamt qu'il ne lui restait même pas un délai de deux jours pour donner son avis. Lorsqu'il s'agit de décisions très longues et complexes, ce n'est strictement pas possible. Mais, je crois que la situation s'est améliorée depuis. Nombre de problèmes ont été résolus grâce à l'approfondissement des contacts informels. Notamment lors des procédures d'analyse de marché, le Bundeskartellamt est saisi très tôt, bien souvent avant l'envoi des questionnaires aux opérateurs respectifs. L'envoi de l'avis aux opérateurs est d'ailleurs précédé par des contacts informels multiples permettant de débattre les propositions de décision. Cela facilite énormément le travail.

Quelles sont les questions soulevées par les premières procédures d'analyse de marché ? L'analyse sur l'accès à la boucle locale porte sur les services de gros que la Deutsche Telekom fournit aux concurrents qui souhaitent eux-mêmes mettre à disposition à leurs clients un raccordement téléphonique sans pour autant poser une nouvelle ligne de téléphone jusque dans les locaux du client. Ils se servent donc des lignes du gestionnaire du réseau existant qui, généralement, est la Deutsche Telekom. Il s'agit donc de l'utilisation du dernier kilomètre. Donc, la ligne téléphonique depuis le répartiteur et la prise téléphonique dans les locaux. Il se posent la question suivante : la définition du marché devrait-elle tenir compte aussi d'autres voies d'accès que l'accès par les paires de cuivre ? Notamment, la boucle locale radio (*wireless local loop*) donc l'accès sans fil *via* radio, *powerline*, à savoir l'accès par transmission de données dans le réseau électrique, par réseaux câblés à capacité accrue ou par fibres en verre. Ce dernier point a été très controversé lors des consultations avec les opérateurs. Toutefois, la définition du marché retenue par le régulateur n'a pas posé de problèmes au Bundeskartellamt vu qu'elle portait sur le seul câble en cuivre suivant ainsi la re-

commandation de la Commission. Cette analyse du marché est la première qui sera clôturée prochainement au niveau national. Je crois que le régulateur a reçu hier l'accord du Bundeskartellamt. Par la suite, le régulateur notifiera les résultats de l'analyse du marché à la Commission.

Je tiens à vous présenter un deuxième exemple : l'analyse sur le marché « *consommateurs finaux de téléphonie vocale* ». L'analyse est toujours en cours. Elle porte notamment sur les marchés des consommateurs finaux concernant les appels locaux, nationaux et internationaux. Dans sa recommandation, la Commission propose de distinguer entre le marché des consommateurs privés et celui des entreprises. Une telle séparation des marchés n'a pas été confirmée par les enquêtes menées en Allemagne. L'analyse soulève également la question de savoir s'il faut intégrer les communications réalisées par VoIP, c'est-à-dire la transmission de la voix par paquet de données basée sur le protocole Internet. Dans le passé, la qualité de VoIP a été trop mauvaise et la voix n'était pas transmise en temps réel. Ce n'est plus le cas. Les services de VoIP pourraient se développer rapidement. En Allemagne, le chiffre d'affaires étant minime à ce jour, VoIP n'a pas été pris en considération par le régulateur dans son analyse du marché. Cela devrait changer à l'avenir car plusieurs opérateurs ont l'intention de proposer des services de VoIP sur le marché. Ces offres deviendront intéressantes dès que les abonnés pourront résilier l'abonnement de leur ligne téléphonique principale pour garder seulement le DSL. Faudrait-il dégroupier la ligne téléphonique et le DSL (« *naked DSL* ») ? Cette question sera traitée par l'analyse sur le marché « *accès à larges bandes* » en tant que service de gros. Il faut alors se demander qui, à ce moment là, portera les coûts de la boucle locale.

D'autres questions intéressantes se poseront dans le contexte de l'analyse du marché concernant le transport de signaux radio vers les abonnés de télévision. Cet exemple montre bien pourquoi il est important que les autorités de la concurrence participent aux analyses de marché. La définition des marchés dans les procédures des autorités de la concurrence pose souvent des questions similaires que celles soulevées par les procédures du régulateur. Il est donc important d'apporter notre savoir faire et, dans la mesure du possible, de nous engager en faveur d'une application consistante.

3. Le rôle de la Commission dans les analyses de marché. La convergence de la pratique décisionnelle au sein de l'UE

La Commission détient également des droits de veto en ce qui concerne l'analyse de marché faite par le régulateur. Elle peut mettre son veto à la définition du marché si le régulateur veut s'écarter des marchés figurant sur la liste de sa recommandation. Elle peut également opposer son veto à la position dominante retenue. Avant la notification formelle de l'analyse de marché, le régulateur entretient des contacts informels avec la Commission. Dans la pratique, le Bundeskartellamt entretient également des contacts informels avec la Commission et avec le régulateur. Il est particulièrement important d'avoir des échanges informels lorsque la définition risque de s'écarter de celle prévue par la recommandation. Toutefois, la Commission est tenue d'admettre des écarts s'ils sont fondés sur la situation du marché national. Si l'écart est jugé nécessaire par les autorités nationales, il convient que la Commission suive l'appréciation nationale. La convergence de la régulation ne peut pas être poussée plus loin que la réalité sur les marchés ne le permet. Au cas où les marchés se présenteraient de manière différente, l'analyse devra logiquement aboutir à des résultats différents.

>

Permettez-moi de résumer la participation du Bundeskartellamt aux analyses de marché. Les droits de veto confèrent une grande influence au Bundeskartellamt. Il est certain, que la participation aux analyses de marché du régulateur demande un certain engagement de la part du Bundeskartellamt. Toutefois, la mise en œuvre de ses ressources vaut la peine. Cela lui permet d'apporter son savoir-faire tout en veillant à une certaine cohérence avec le droit général de la concurrence tel qu'il est appliqué dans sa pratique décisionnelle. En outre, il est important de participer à l'analyse de marchés qui n'ont pas encore fait l'objet de décisions prises par le Bundeskartellamt. Je vous remercie de votre attention.

Peter KLOCKER « Les intervenants nous ont donné un aperçu des difficultés en matière de régulation tout en nous démontrant combien il est important pour les autorités responsables de coopérer. Ce n'est pas toujours facile. Les marchés retenus par la Commission et la forte bureaucratie rendent souvent très difficile nos efforts de cohérence. À présent, nous voulons aborder un autre aspect de nos activités. À cet effet, je passe la parole à M. Dubberstein. »

III. – Le projet d'acquisition par la KDG des sociétés ISH, KBW et Iesy, risquait l'interdiction du Bundeskartellamt

par Holger DUBBERSTEIN

Je tiens à vous présenter trois opérations qui sont liées l'une à l'autre et qui avaient fait l'objet d'une enquête menée par le Bundeskartellamt en été dernier. Les opérations de concentration examinées concernent le câble à larges bandes et sont d'un intérêt particulier car elles mettent en évidence les chances et les risques de la numérisation imminente. Avant de présenter plus en détail les projets de concentration, permettez-moi de vous donner un aperçu des structures allemandes dans le domaine de la transmission des signaux de télévision et des réseaux de câble à larges bandes.

Actuellement, environ 35 millions de foyers en Allemagne sont équipés de télévision dont 57 à 58 % reçoivent la télévision par câble à larges bandes. Environ 38 % des foyers reçoivent la télévision par satellite et les 5 % restant la télévision par réseau terrestre. Actuellement, il s'agit de la télévision terrestre analogique et numérique. La dernière permet la réception d'un plus grand nombre de canaux. Le réseau câblé a été mis en place dans les années 80 par les postes allemands. Vu l'évolution historique, le réseau est subdivisé en quatre niveaux. Les niveaux qui nous intéressent ici plus particulièrement sont : d'abord le niveau 3 comprenant les réseaux de distribution locaux et régionaux dont la gestion était assurée à l'époque par les postes allemands, et ensuite le niveau 4, les réseaux de distribution dans les locaux qui peuvent être de taille importante quand on pense aux grands immeubles et complexes. Le niveau 4 n'a pas été géré par la poste, mais plutôt par des petits câblo-opérateurs dont certains ont pris de l'importance depuis.

Cette structure de base se distingue encore nettement aujourd'hui. La Deutsche Bundespost et/ou plus tard la Deutsche Telekom a vendu ses réseaux câblés à quatre opérateurs qui sont la société Kabel Deutschland, KDG, approvisionnant 10 millions de foyers, ensuite la société Ish avec 4 millions d'abonnés, la société KBW avec 2 millions d'abonnés et enfin la so-

ciété Iesy avec 1 millions d'abonnés. Les réseaux des quatre opérateurs couvrent différentes régions en Allemagne. Ces quatre grands successeurs de la Deutsche Telekom couvrent cependant qu'une petite partie du niveau 4. La majeure partie du niveau 4 est gérée par des petits et moyens câblo-opérateurs qui, ces dernières années, ont développé aussi leur propre niveau 3 pour une partie de leurs abonnés. Ils ont mis en place des stations réceptrices qui sont le point de départ d'un réseau câblé.

1. Le contrôle des abus par le Bundeskartellamt

L'été dernier, notre autorité devait décider du projet de l'opération de concentration suivant : la KDG envisageait l'acquisition des sociétés Ish, KBW et Iesy, ce qui aurait fait d'elle un gestionnaire de réseau avec 17 millions d'abonnés sur le niveau 3. À première vue, il s'agissait d'une concentration entre quasi-monopoles régionaux. Après un examen approfondi, nous avons annoncé aux sociétés notre intention d'interdire l'opération. Par conséquent, les sociétés ont renoncé à leur projet et ont retiré leur notification.

Pour quelle raison avons-nous envisagé l'interdiction de cette opération ? À notre avis, ce projet risquait de renforcer la position dominante de la KDG sur le marché d'alimentation (l'alimentation en services du réseau) par rapport à leur réseau. Selon notre définition, le marché d'alimentation pertinent est un marché sur lequel les câblo-opérateurs du niveau 3 offrent des services de transport de signaux et s'y trouvent face aux chaînes de télévision qui sont demandeurs de ces services de transport. Nous n'avons pas étudié les marchés de fourniture de signaux entre les différents câblo-opérateurs et le consommateur final étant donné qu'ils ne jouent pas de rôle dans cette décision.

2. La définition du marché d'alimentation

Regardons de près ce que nous appelons le marché d'alimentation. Nous avons conclu que le marché d'alimentation pertinent comportait seul le câble à larges bandes et non les autres voies de transmission, par satellite et par voie terrestre. Selon les chaînes de télévision, qui sont demandeurs de services d'alimentation, les différentes voies de transmission ne sont pas substituables mais plutôt complémentaires. La raison est la nécessité d'une forte portée des programmes. Celle-ci est particulièrement importante pour les chaînes de télévision établies. Elles peuvent renoncer au plus à 5 à 10 % de la réception effective si elles ne veulent pas se trouver en difficultés financières. Pour les mêmes raisons et vu le volume considérable des réseaux câblés, nous avons conclu que le réseau de la société KDG était un marché distinct.

La numérisation ne changera rien aux résultats de l'étude du projet de concentration pour la période de pronostic. Je l'avais déjà mentionné, l'Allemagne fait face à la numérisation des chaînes terrestres, ce qui permettra à l'avenir la réception d'environ 24 canaux de télévision au simple moyen d'une antenne individuelle sur le toit ou à l'intérieur. Dans les années à venir, la télé-diffusion terrestre (DVBT) se bornera pourtant aux zones de concentration urbaine. Dans un proche avenir, l'alimentation du réseau câblé restera indispensable. Considérant les projets de développement des groupes de chaînes, on peut pronostiquer un maximum théorique pour cette télé-diffusion d'environ 50 % des abonnés. Le maximum effectif sera bien inférieur considérant le développement de groupes de chaînes et vu le fait que les abonnés doivent opter pour cette formule et acheter l'équipement nécessaire (le set-top box). D'après les pronostics, la DVBT ne fera pas croître considérablement la part de la télévision terrestre qui est actuellement de 5 à

7 %. Il en va de même pour la possibilité de transmettre la télévision par protocole Internet (à larges bandes). En Allemagne, ce développement se trouve encore au stade de départ. Nous venons de faire les premières expériences. La définition du marché ne changera pas pendant la période de pronostic de l'opération en question car il faudra attendre plusieurs années avant que cette technique constitue une alternative pour un grand nombre de foyers.

Sur le marché d'alimentation comme décrit plus haut, la KDG se trouve actuellement en position dominante. Vu la définition du marché, c'est évident si la part de marché est de 100 % et s'il n'y a pratiquement pas de concurrence horizontale entre les grands gestionnaires de réseaux câblés. Au plus, on peut parler d'une certaine concurrence potentielle. Par ailleurs, on enregistre d'importantes puissances financières, des économies d'échelle et des barrières à l'entrée du marché à savoir les investissements nécessaires. Les chaînes de télévision ne faisant pas suffisamment contrepoids, il nous a été impossible de ne pas conclure à la position dominante. Ainsi nous avons constaté lors de notre examen que la KDG dispose de plusieurs paramètres comportementaux sur lesquels les chaînes ne peuvent pratiquement pas influencer.

Certains de ces paramètres existent aussi dans un contexte analogue. Il s'agit de la possibilité d'alimenter le réseau et du montant des tarifs. D'autres paramètres jouent un rôle dès que la numérisation est plus avancée. Il s'agit par exemple de la conception de la dite phase *Simulcast*. C'est une phase pendant laquelle les signaux de télévision analogues et numérisés sont transmis simultanément afin de permettre une réception confortable des signaux aux abonnés de la télévision analogue et à ceux de la télévision numérisée. Un de ces jours, la phase *Simulcast* ne sera plus nécessaire. Ce sera le cas lorsque le degré de numérisation sera de 50, 70 ou 90 %, ce qui aura une grande influence sur la portée des chaînes télévisées.

La KDG a d'importantes marges de manœuvre vu la possibilité de maîtriser le développement du réseau et de distribuer de nouvelles ressources et/ou redistribuer des ressources existantes (fréquences). Elle est à même d'attribuer des ressources, que ce soit à la télévision généraliste ou payante ou à d'autres services tel Internet via le câble télévision.

Un autre paramètre comportemental, le cryptage généralisé, joue un rôle depuis l'introduction de la numérisation en Allemagne. Par cryptage généralisé nous entendons le cryptage de l'ensemble des programmes TV transmis via câble, ce qui inclut aussi les chaînes non cryptées. Le cryptage généralisé peut servir d'instrument susceptible de créer de nouveaux paramètres comportementaux dans l'optique de contrôler la technologie des équipements. Le gestionnaire du réseau câblé peut, par exemple, imposer des fonctions techniques. Ainsi, il pourrait exiger que le set-top box comprenne un programme de guidage électronique qui soit contrôlé par lui. Ou bien que le set-top box comprenne un logiciel déterminé avec certaines possibilités permettant l'interopérabilité d'interfaces définies. Si ces exigences ne sont pas remplies, le gestionnaire peut bloquer l'accès du set-top box. À ce moment-là, l'abonné ne peut plus voir aucun programme en raison du cryptage généralisé. Le contrôle de la conception des équipements par le gestionnaire confère à ce dernier des marges de manœuvre intéressantes comme mentionné plus haut. Il est un fait que la technique des équipements influe fortement sur la valeur que les chaînes attribuent à l'alimentation du réseau. Le navigateur et/ou guidage électronique, par exemple, permet au gestionnaire de décider quelle chaîne apparaîtra quand et où, avec détails ou non et avec une bonne visibilité ou non. Par ailleurs,

il dépend du logiciel utilisé pour l'équipement si les chaînes peuvent offrir des services supplémentaires ou non et si oui, sous quelle forme. Il y a également la possibilité d'exiger ou non l'installation fixe d'un système de cryptage dans le set-top box. Un système de cryptage faisant partie intégrante du set-top box est susceptible de favoriser les intérêts de la télévision payante. Le téléspectateur, qui possède un tel équipement pour pouvoir regarder la télé, sera plus facilement prêt à s'abonner à la télévision payante s'il ne lui faut pas acheter un nouvel appareil à cet effet. Cet aspect joue un rôle surtout dans les relations concurrentielles entre télévision payante et généraliste.

Ce ne sont pas simplement des réflexions théoriques. Nous avons constaté en effet que la stratégie envisagée et en partie mise en œuvre par la KDG vient confirmer les paramètres susmentionnés. Cette stratégie a bien sûr aussi des raisons financières et incite la KDG à mettre à profit les possibilités offertes. Ainsi, la KDG poursuit à présent ses propres intérêts dans le domaine de la télévision payante. Elle est non seulement transporteur de services pour des tiers, mais est également intégrée verticalement en tant que prestataire de contenus. Il est certain qu'elle cherche à « optimiser » la relation entre les contenus propres et les contenus fournis par des tiers. Cet aspect risque de mettre en danger le contexte concurrentiel.

Vous allez peut-être objecter : est-ce que tout ça n'est pas réglementé ? M. le professeur Gersdorf vient de présenter la régulation en la matière. Mais la régulation existante ne peut résoudre le problème qui se pose au niveau du contrôle des concentrations. Premièrement : il y a certes une régulation. Justement, s'il existe une position dominante, il est nécessaire de réglementer le marché sur la base de la loi sur les télécommunications car elle met en relief les problèmes structurels spécifiques qui existent sur ce marché et qui ne disparaîtront pas automatiquement après la mise en œuvre de la régulation (si c'était le cas, on pourrait tout de suite mettre de nouveau fin à la régulation). Deuxièmement, la régulation existante présente de grandes lacunes. Il y a bon nombre d'aspects qui ne font pas l'objet de la régulation comme le développement des réseaux par exemple. Certaines possibilités de régulation existent en théorie, mais, dans la pratique, elles peuvent être facilement contournées par le biais de solutions techniques dont le fond n'est pas réglementé. Après un examen détaillé, nous avons été de l'avis que l'existence de réglementations ne change rien au fait que, selon les règles du contrôle des concentrations, il existe une position dominante.

4. Renforcement de la position dominante

Notre enquête a montré que le projet d'opération de concentration était susceptible de renforcer davantage la position dominante de la société KDG. Une des raisons est l'aspect d'une portée plus importante. Un gestionnaire de réseau câblé plus important en taille est d'autant moins incontournable pour les chaînes. Il y a cependant encore d'autres aspects : l'opération de concentration supprimerait la concurrence entre modèles d'entreprises. S'il existe différents modèles d'entreprises, les gestionnaires de réseaux câblés se servent de manière différente de leurs paramètres comportementaux en fonction de leur modèle d'entreprise (par exemple opérateur de télécommunication contre opérateur de télévision payante). Un modèle d'entreprise peut constituer un risque pour les chaînes télévisées, alors qu'un autre modèle d'entreprise peut être une chance. Le projet de concentration aurait supprimé ces possibilités. Il fallait également considérer l'éventualité d'une intégration verticale plus forte de la KDG dans le domaine de la télé-

>

sion payante et ses effets sur les autres gestionnaires de réseaux câblés. L'opération prévue aurait surtout compromis la concurrence potentielle. Alors qu'elle doit être préservée surtout en situation dominante d'un monopoliste. La concurrence potentielle est possible dans le secteur des réseaux, par exemple par la création d'îles d'infrastructures dans les grands complexes d'immeubles, mais avant tout par le transit. Les sociétés qui devaient faire l'objet de l'acquisition prévue possèdent le savoir-faire et auraient donc été prédestinées à passer du concurrent potentiel au concurrent actuel.

Il y avait lieu d'interdire l'opération de concentration vu le renforcement de la position dominante de la KDG constaté par notre examen. L'enquête n'a pas confirmé la possibilité d'une amélioration du jeu de la concurrence sur d'autres marchés comme cela avait été avancé par les parties à l'opération. Après une mise en balance de toutes les données, l'opération prévue ne pouvait pas être autorisée considérant les règles allemandes du contrôle des concentrations. Les conditions et obligations proposées par les parties n'étaient pas très convaincantes et, en grande partie, même illicites. Par conséquent, les sociétés ont renoncé à leur projet de concentration.

Peter KLOCKER « Ces exemples vous ont montré la complexité des travaux du Bundeskartellamt. La pratique décisionnelle demande parfois des pronostics difficiles exigeant des connaissances techniques approfondies. »

Bruno LASSERRE « J'ai été intéressé par ce que vous avez dit sur l'analyse concurrentielle des marchés de télécommunications. À quelles conclusions parvenez-vous aujourd'hui? L'objectif de la directive "Paquet Télécoms" est de démanteler progressivement les instruments les plus interventionnistes a priori, afin de redonner davantage de place au droit commun de la concurrence. Cette orientation vous semble-t-elle convenablement suivie en Allemagne? »

Peter KLOCKER « Nous devons tenir compte de directives européennes dans ce domaine et les analyses de marché en matière de télécommunication sont également prévues par les directives européennes. Il nous faut donc traiter les marchés retenus par la Commission. Une influence n'est possible que dans la mesure où les marchés allemands fassent l'objet de régulation. Il n'est pas dit que l'on puisse les exclure de la régulation car la Commission pense que ses décisions sont pleines de bon sens et elle décide des marchés que nous devons analyser. La marge de manœuvre est donc minime. En revanche, le degré de régulation nous offre beaucoup de possibilités de définir les marchés de manière adéquate. »

Andreas BARDONG « En ce qui concerne la nécessité de régulation, il est un fait que les autorités nationales de régulation sont fortement liées par la recommandation des marchés par la Commission. Il faut poser cette question aussi dans le contexte de l'analyse : d'après le législateur allemand, il faut examiner aussi au niveau national si certains marchés doivent faire l'objet d'une régulation. Mais la Commission le voit autrement : elle pense qu'elle a examiné le marché respectif de manière exhaustive et juge définitive sa définition. Le Bundeskartellamt ne partage pas cet avis.

Malgré le droit de veto du Bundeskartellamt, les écarts de la liste recommandée sont possibles à la seule condition que nous trouvions un accord avec le régulateur. Dans ce cas, nous pouvons tenter de convaincre la Commission de

notre position. Mais, il faut être réaliste. Si le régulateur juge nécessaire de suivre la recommandation de la Commission, il est beaucoup plus difficile pour nous de mettre notre veto à une définition de marché. Car le Bundeskartellamt n'est pas le seul à avoir un droit de veto, il ne faut pas oublier que la Commission l'a également. En ce qui concerne les marchés, il est difficile de dire si le nouveau cadre juridique permet effectivement de démanteler la régulation ou s'il crée de nouvelles régulations, je dirais que cette question reste ouverte en fonction des marchés considérés. Prenons l'exemple de la terminaison d'appels vers des réseaux téléphoniques alternatifs. À première vue, ce marché semble devoir faire l'objet de régulation, aussi en ce qui concerne les petits opérateurs concurrents, les "citycarriers", car ils contrôlent l'accès à leurs abonnés. Cependant, si l'on considère la puissance d'achat de la Deutsche Telekom, on arrive à une autre conclusion. Il ne serait pas opportun d'élargir la régulation aux petits gestionnaires de réseaux alternatifs. Dans d'autres domaines, s'agissant de l'ex-monopoliste, il convient plutôt de ne pas limiter trop tôt les possibilités de régulation, car une concurrence due à la régulation peut très vite s'effondrer. »

Peter KLOCKER « Avez-vous d'autres questions? »

Question de la salle « Il a été expliqué par Monsieur Dubberstein que les chaînes ne constituaient pas un contrepoids suffisant; par ailleurs, il a été question d'une évolution vers une intégration verticale. Pourriez-vous préciser l'analyse? S'agit-il de toutes les chaînes, de certaines d'entre elles seulement ou des grands groupes qui sont propriétaires de plusieurs chaînes? »

Holger DUBBERSTEIN « En ce qui concerne les paramètres comportementaux décrits plus haut, notre examen a montré que les chaînes télévisées n'avaient en fait aucune possibilité d'influer sur les activités de la KDG que ce soit le développement des réseaux et leur utilisation ou les possibilités de contrôle des équipements. Les chaînes dépendent largement des décisions que prend la KDG. L'intégration verticale est un autre aspect. Elle est basée sur le fait que la KDG s'oriente vers le marché de la télévision payante. Pour le moment, elle dit que son activité consiste à commercialiser la télévision payante, mais, en fait, cela équivaut à l'exploitation propre d'une plate-forme de télévision payante. On parle d'intégration verticale si un même opérateur offre des services de contenu et dispose en même temps de l'infrastructure nécessaire au transport. Suite à l'opération prévue, l'intégration verticale aurait été étendue à au moins deux sociétés que la KDG voulait acquérir et qui, à ce jour, n'étaient pas intégrées verticalement. Pour la société Ish on a constaté qu'elle propose d'ores et déjà de la télévision payante. »

Hubertus GERSDORF « Je tiens à souligner que non seulement les gestionnaires, mais aussi les opérateurs télévision disposent d'une importante puissance sur le marché. Un exemple actuel illustre bien ce fait: les opérateurs de télévision privée refusent la transmission numérique de leurs signaux dans les réseaux câblés, bien que le gestionnaire en question, la société KDG soit prête à mettre à disposition gratuitement la technologie nécessaire, à savoir Simulcast, de manière à ce que les opérateurs n'aient pas d'autres redevances à verser que celles dues

pour l'alimentation du réseau câblé en programmes analogues. Malgré cette offre gratuite, à ce jour, l'alimentation des programmes de télévision privée ne se fait pas par voie numérique. Est-ce que les grands opérateurs de télévision privée montrent par-là leur désintéressement au numérique ? Ce serait compréhensible du point de vue économique. Car le réseau câblé numérique ne connaît plus de goulets d'étranglement. Il y aurait suffisamment de place pour de nouveaux concurrents – et qui cherche à engendrer de la concurrence ? À mon avis, il ne faut pas seulement voir la puissance de

marché exercée par le gestionnaire de réseau. Les opérateurs télévision disposent aussi d'une puissance significative qu'ils savent défendre et habilement mettre à leur service. »

Peter KLOCKER « C'est une problématique connue également en France. Les chaînes existantes en France ne sont pas très intéressées au passage à la télévision terrestre numérique car elles risqueraient de se trouver face à de nouveaux concurrents. Je tiens à vous remercier de votre attention. » ♦

TABLE RONDE N° 3

Nouveaux médias – nouveaux problèmes ? Le droit de la concurrence face à la convergence et à la numérisation en Allemagne et en France (suite)

L'expérience française, présidée par Elisabeth FLÜRY-HERARD, membre du Conseil supérieur de l'Audiovisuel (CSA)

Intervenants

Anne PERROT, Vice-présidente du Conseil de la concurrence
Paul SEABRIGHT, Professeur d'économie à l'Université
de Toulouse I

Répondants

Hubertus GERSDORF, Professeur de droit à l'Université
de Rostock
Holger DUBBERSTEIN, Rapporteur à la 7^e section de décision
responsable de télécommunications et de produits
informatiques, Bundeskartellamt
Andreas BARDONG, Responsable des questions générales
sur les industries de réseaux, Bundeskartellamt

I. – Introduction

par Elisabeth FLÜRY-HERARD

Avant de tenter de répondre à la question posée, il convient de pointer les différences profondes qui existent entre les modèles audiovisuels français et allemand⁽¹⁾.

1. Les paysages français et allemand

L'Allemagne et la France ont rapidement divergé dans la construction de leur paysage audiovisuel. Au départ, l'Allemagne disposait d'un nombre moins élevé de fréquences hertziennes que la France, pour des raisons de préemption par les militaires et de multiplication des frontières. Au début des années 80, l'Allemagne a donc lancé son plan câble avec une résolution et une efficacité remarquables, sur la base d'un réel consensus. En France, le plan câble a connu un échec relatif,

le nombre d'abonnés n'étant que d'un million après plusieurs années. De fait aujourd'hui, 66 % de la population française ne reçoit que cinq chaînes par la voie hertziennne analogique ; seuls 5 à 6 % des Allemands ne reçoivent que les chaînes hertziennes, qu'ils pourront d'ailleurs recevoir par la voie numérique plus rapidement qu'en France.

La quasi-totalité des Allemands reçoivent au moins 35 chaînes dont :

- 57 % par le câble (le plus souvent analogique, faible bande passante) ;
 - 33 % par le satellite gratuit (40 chaînes gratuites) ;
 - 4 % par le satellite payant (faible diffusion du payant).
- Donc diversité du nombre de chaînes articulées autour de trois pôles :
- télévision publique (ZDF, ARD chaînes publiques régionales et nouvelles chaînes publiques en développement) : 44 % d'audience, faible prélèvement publicitaire, forte redevance ;
 - deux grands pôles privés : RTL Group : 26 % et Pro Sieben / Sat eins Haïm Saban (ex Kirch) : 21 % ;
 - une quinzaine d'autres chaînes se partagent le reste.

Le paysage est donc assez bien équilibré entre ces trois pôles. C'est moins le cas en France puisque le service public est plus fragile, avec 35 % de l'audience et des difficultés de financement ; parallèlement, l'on distingue deux chaînes privées d'importance inégale puisque TF1, la plus grande chaîne européenne, représente 33 % d'audience et 55 % de marché publicitaire télévisé, alors que M6, propriété du groupe RTL, rassemble moins de 14 % de l'audience et environ 23 % de la publicité.

Dans des paysages aussi structurellement différents, la question de la numérisation des supports s'est également posée de façon très différente. En Allemagne la télévision est normalement gratuite très majoritairement. Le numérique s'est

>

⁽¹⁾ Les propos qui suivent n'engagent en aucune manière le CSA.

donc développé sur un modèle où le principe des chaînes gratuites était général : la télévision payante par satellite, Première, touche actuellement seulement 4 % de la population, même si de nouvelles offres payantes apparaissent. Il est vrai que 57 % des Allemands payent pour le câble, mais ils ne payent que la connexion et l'entretien du réseau, et non la réception des chaînes. Pour sa part, le satellite (40 chaînes gratuites, privées et de service public, reçues par un tiers de la population contre 15 % en France) est également majoritairement gratuit. De même, la TNT (Télévision numérique terrestre) se développe également en Allemagne, sur un modèle gratuit, plus rapidement qu'en France.

En France, l'élargissement de l'offre permis par la numérisation des supports s'est opéré sur un modèle payant, ce qui explique partiellement la faible diffusion des « chaînes de complément ».

2. Numérisation et développement de l'accès aux contenus en France

Évoquer la numérisation dans ce contexte revient à aborder la question de la numérisation des supports : de l'hertzien, du câble, du satellite et de l'ADSL. La numérisation favorise-t-elle l'accès au contenu ? Nous pourrions le penser puisque la numérisation permet de compresser les contenus et donc de multiplier l'offre pour le téléspectateur. La réponse est moins évidente si l'on passe du marché aval (offre de programmes de la télévision aux téléspectateurs) au marché amont (offre de chaînes aux distributeurs, offre de programmes aux chaînes : cinéma, football).

En France, les difficultés d'accès au contenu ne se posaient pas lorsqu'il n'existait que cinq chaînes hertziennes. La question a été soulevée pour la première fois après le lancement des offres des câblo-distributeurs, lorsque certains câblo-distributeurs ont décidé, pour des raisons économiques, d'exclure des chaînes de leurs bouquets. Les premières décisions jurisprudentielles sont intervenues à cette occasion.

La question est restée longtemps relativement marginale, car le développement du câble en France n'a pas été une franche réussite ; elle s'est reposée avec l'introduction du satellite, qui s'est développé dans l'espace laissé libre par la faible attractivité de l'offre des câblo-distributeurs.

Cet espace a été d'abord occupé par Canal Plus, leader de la télévision payante analogique hertzienne. Pour contrer un quasi-monopole, les autres chaînes se sont alors unies pour proposer une deuxième offre numérique payante.

La numérisation des supports (câble, satellite) en France a donc été liée au développement de la télévision payante. Pour attirer le consommateur, il fallait des contenus attractifs ; ces contenus ont été créés par TPS et Canalsatellite, qui ont joué un rôle très actif dans la création de nouvelles chaînes. On a assisté à cette occasion, par nécessité, à un début d'intégration des métiers de distributeur et d'éditeur de chaînes.

Canalsatellite souhaitant différencier fortement son offre de celle de son concurrent TPS, a par ailleurs utilisé le levier de l'exclusivité des chaînes (intégrées ou non) présentes dans son offre commerciale.

Dans ce cadre, il n'est pas étonnant que l'accès au contenu ait été si conflictuel en France, avant tout du fait de Canalsatellite, et ait suscité plusieurs décisions importantes du Conseil de la concurrence. La première grande décision du Conseil a été prise à propos de l'accès aux films sur les services de pay per view en 1999. En 2003, une autre grande décision est intervenue pour le football.

Le développement de l'offre numérique du satellite a donc eu pour conséquence de rendre l'accès aux contenus plus diffi-

cile sur les deux marchés amont de l'offre de chaînes aux distributeurs et de l'offre de programmes aux chaînes.

Le deuxième exemple de numérisation des supports est la TNT. En 2000, l'instance de régulation a été priée par le législateur de mettre en place les conditions de lancement de la TNT sur la base d'une offre importante de nouvelles chaînes publiques et privées gratuites. Aujourd'hui, 15 chaînes gratuites ont été sélectionnées par le CSA en même temps que 15 chaînes payantes. Toutefois, la TNT n'est pas encore lancée en France, contrairement à l'Allemagne, et ne le sera qu'en mars prochain pour la partie gratuite. Alors que le CSA avait basé son choix pour partie sur la nécessité de susciter des acteurs émergents, les « nouveaux entrants » sont déjà passés de 6 à 4.

Là encore, la multiplication des canaux de diffusion que permet la numérisation des supports semble ne déboucher qu'avec beaucoup de difficultés sur la diversité des offres et des acteurs. Enfin, le développement de l'ADSL marque en France l'arrivée de nouveaux distributeurs issus du monde de l'Internet, dont Free. De nouveau, le développement d'acteurs nouveaux se fait dans des conditions difficiles, puisque le Conseil de la concurrence a été saisi : les chaînes hertziennes gratuites privées, qui représentent la majorité de l'audience, ont refusé d'être reprises gratuitement, au motif qu'elles étaient liées de façon exclusive à d'autres plateformes payantes par satellite. En conclusion, la numérisation favorise l'offre au téléspectateur sur le marché aval d'un grand nombre de chaînes. Pour autant, le principe d'exclusivité, mis en avant par les chaînes « intégrées » de certains distributeurs, limite cet accès : comme il existe deux plateformes avec chacune leurs exclusivités, un consommateur qui souhaiterait avoir accès à l'offre la plus large devrait s'abonner aux deux plateformes en question. Le maintien de deux distributeurs, contrairement au monopole existant ailleurs en Europe, n'a donc pas forcément seulement des conséquences positives pour le consommateur. Enfin, l'exclusivité est un facteur de concentration car elle coûte cher ; elle constitue également une barrière à l'entrée importante pour tout nouvel acteur de la distribution, qu'il s'agisse du satellite, de la TNT ou de l'ADSL.

La numérisation tant des supports de diffusion (câble, satellite, ADSL) que des contenus (DVD, VOD...) offre donc théoriquement des opportunités élevées d'accès aux contenus, tant pour les consommateurs que pour les nouveaux distributeurs. Cependant, la convergence numérique qui encourage l'intégration verticale contenus-contenants, et les diverses applications du principe d'exclusivité contribuent à une concentration croissante des offres des programmes, qui évidemment joue en sens inverse.

Les instances de régulation – générales ou sectorielles – ont donc besoin d'analyses renforcées et renouvelées pour adapter leur action à cette nouvelle donne.

II. – Les thématiques verticales

par Anne PERROT

1. Les caractéristiques des médias

Les médias partagent avec d'autres secteurs économiques, comme par exemple avec les télécommunications, de nombreuses caractéristiques. Il s'y pose en effet des questions classiques de concurrence horizontale (les opérateurs se battent pour obtenir des profits et des parts de marché), d'organisation verticale (qui fait ici se rencontrer des producteurs de contenus, des infrastructures physiques, des distributeurs...)

mais aussi de choix technologiques (qui sont souvent irréversibles car ils entraînent des effets de standardisation) et d'innovation.

Les médias possèdent également quelques traits spécifiques. Ainsi, la publicité représente 60 % des recettes de la presse et presque 100 % pour certaines chaînes de télévision. Les recettes de l'activité économique sont donc essentiellement tirées des ventes d'écrans publicitaires. Ce qui est vendu par les chaînes de télévision n'est donc pas tant le contenu des programmes aux téléspectateurs que l'audience à des annonceurs, même si la présence de chaînes payantes amende cet argument. Le raisonnement est le même pour la presse gratuite : le contenu est offert et la totalité du marché se déroule entre le journal et l'annonceur. Cette caractéristique est particulièrement intéressante pour les économistes car le marché présente ainsi une « *double face* » (two sided market) : d'un côté, la télévision achète des programmes et des contenus ; de l'autre, elle vend de l'audience, qui constitue une richesse pour les annonceurs.

Parallèlement, les coûts sont essentiellement fixes dans les industries de médias, tant dans les infrastructures que dans l'élaboration des contenus. La nécessité de vendre de l'audience aux annonceurs et celle de couvrir des coûts principalement fixes sont deux facteurs qui poussent de façon convergente à la concentration du secteur. C'est la raison pour laquelle autorités sectorielles et autorités de concurrence sont conduites à s'intéresser à ces questions de façon particulièrement aigüe. Enfin, le droit de la concurrence cohabite avec une régulation sectorielle spécifique dans la plupart des pays, assurée en France par le CSA. Le régulateur sectoriel doit veiller à la préservation d'une certaine diversité culturelle ou d'un certain pluralisme d'opinion ; cette protection passe par une régulation spécifique. Les concentrations dans le secteur des médias échappent ainsi au droit commun de la concurrence ; par ailleurs, les contenus sont soumis à des quotas de production et de diffusion, ainsi qu'à une régulation par l'intermédiaire de la limitation du temps de publicité. Tous ces instruments sont maniés par l'autorité sectorielle et ont des répercussions sur la nature concurrentielle du marché. Régulation et politique de la concurrence poursuivent des objectifs distincts, parfois conflictuels, mais, au niveau des autorités, de nombreuses opérations sont croisées.

2. Le paradoxe de Steiner

Dans les années 50, Steiner a montré qu'il n'était pas assuré que la diversité des programmes passe nécessairement par la limitation des concentrations ; il met l'accent sur le rôle de la publicité en la matière. Steiner considère une situation où trois types de programmes sont disponibles : A (un divertissement, préféré par 3 000 téléspectateurs), B (un programme culturel, préféré par 6 000 téléspectateurs), C (un programme alliant le divertissement et la culture, préféré par 1 500 téléspectateurs). On suppose que les opérateurs de ce marché sont financés uniquement par la publicité et que le prix de la publicité est fixe ; les opérateurs cherchent donc à récolter l'audience la plus large possible puisque maximiser les recettes revient à maximiser l'audience. On suppose également que tous les coûts de production sont nuls⁽²⁾. Enfin, l'instrument utilisé pour maximiser l'audience est le choix de la programmation.

Dans un tel cadre, faut-il mieux disposer d'un monopole ou de firmes en concurrence ? Si un monopole souhaite maxi-

miser l'audience, il choisira de produire les trois programmes et captera donc 10 500 téléspectateurs, ce qui maximisera ses recettes publicitaires. En revanche, si trois chaînes sont en concurrence, deux se partageront le programme B, captant 3 000 téléspectateurs chacune, l'autre choisissant le programme A. Dans le cas de concurrence, le nombre de téléspectateurs, 9 000, est donc moins élevé que dans le cas du monopole et la diversité de la programmation sera moins grande puisque deux programmes et non trois sont offerts. Ce résultat tient à l'intervention de la publicité dans les choix stratégiques des entreprises qui les pousse à diversifier les programmes pour maximiser l'audience, cet effet jouant beaucoup plus fortement dans le cas du monopole que dans celui de concurrence. Toutefois, ces résultats dépendent de façon cruciale de l'hypothèse selon laquelle les prix sont fixes. Dans un modèle différent où on tient compte des variations de prix, le monopole produit moins, à des prix plus élevés et le résultat est donc exactement inverse. Ce paradoxe montre simplement qu'il faut se méfier des outils utilisés pour le contrôle des concentrations dans un objectif de diversité ou de pluralisme culturels, lorsque l'analyse économique intègre le marché de la publicité.

3. Les problèmes liés à la concurrence

En matière de concurrence, il convient tout d'abord de se poser la question des marchés pertinents. Ainsi, le fait de définir un marché de la télévision gratuite et un marché de la télévision payante a du sens. Pour autant, cette distinction est-elle pertinente du point de vue de l'analyse concurrentielle ? Certains économistes ont émis l'idée que la distinction de deux marchés suivant le caractère gratuit ou non du service n'avait pas de sens et qu'il était plus pertinent de distinguer les télévisions généralistes des chaînes thématiques, c'est-à-dire d'opérer une distinction par la variété plus que par le prix. Par ailleurs, si l'on estime que la publicité joue un rôle important, les positions des acteurs de médias sur les marchés publicitaires jouent un rôle capital pour apprécier les positions dominantes.

Le deuxième problème est celui des relations verticales. Le troisième est celui des concentrations horizontales. Pour l'anecdote, il semble que la publicité pour les sonneries de téléphone portable devienne un marché très rentable pour certains médias, notamment des chaînes de radio et la presse pour adolescents. On peut y voir une manifestation de plus de la convergence à l'œuvre entre télécommunications, médias et publicité.

Abordons, à l'aide de quelques exemples quelques questions liées à la structure verticale du secteur.

4. Les problèmes verticaux

Le premier est celui de l'accès à la diffusion d'un contenu donné. Par exemple, il existe des liens verticaux entre TPS et la chaîne d'information LCI tandis la même situation prévaut entre Canalsatellite et la chaîne iTELE, ce qui soulève des risques de fermeture des marchés. Dans ce contexte, l'intégration verticale entre les éditeurs de chaîne et les satellites qui les diffusent est-elle une bonne chose pour le fonctionnement de la concurrence dans ces industries ?

Deuxièmement, les abonnements proposés aux téléspectateurs de la télévision payante leur offrent en général des bouquets de chaînes. En termes de droit de la concurrence cette pratique s'apparente à des ventes liées. Pour les chaînes en concurrence à la fois sur les marchés d'audience et sur celui de la publicité, quels bouquets offrir aux téléspectateurs ? Par exemple, Canalsatellite doit-il inclure LCI, produite par le groupe concu-

⁽²⁾ Cette hypothèse évidemment éloignée du réel ne modifie pas le raisonnement qui va être exposé et permet de simplifier l'exposé.

rent, dans les bouquets qu'il propose à ses téléspectateurs? Une troisième question est de déterminer ce que les infrastructures doivent acheter comme contenu et la façon dont l'achat des contenus doit se dérouler, par exemple pour les droits de retransmission du football. En la matière, l'exclusivité à laquelle pourrait aboutir un processus d'enchères est-il synonyme d'exclusion de celui qui n'a pas obtenu les droits à l'issue de la procédure ou non? En d'autres termes, la « *sur-enchère* » est-elle de la préemption ou de la prédation? Au contraire, reflète-t-elle une valeur plus élevée? Illustrons quelques unes de ces questions liées à la structure verticale à l'aide de cas tirés de la pratique du Conseil de la concurrence.

5. Exemples

a) Le cas LCI/iTELE

Il s'agit d'une affaire de mesure conservatoire, (donc provisoire), dont le traitement au fond n'a pas encore été mené à son terme. LCI, « *La Chaîne Info* », et iTELE sont toutes deux des chaînes d'information en continu. On peut tout d'abord se demander s'il existe bien un marché spécifique de l'information en continu pertinent pour l'analyse concurrentielle. LCI appartient au groupe TF1, qui est, avec M6, le parent de TPS, concurrent de Canalsatellite. Pour sa part, iTELE appartient au groupe Canal Plus, propriétaire de Canalsatellite. De plus, LCI est arrivée sur le marché avant iTELE ; sa réputation et son audience sont nettement plus élevées. En revanche, Canalsatellite a davantage d'abonnés que TPS sur le marché aval. À l'origine, la chaîne iTELE était commercialisée à la fois par Canalsatellite et TPS, ce dernier s'étant engagé à racheter le produit iTELE pour 0,4 centime d'euros par abonné et par mois. Toutefois, après quelque temps, TPS demande que le prix d'approvisionnement soit revu à la baisse. L'offre alors effectuée par iTELE est rejetée par TPS, qui annonce qu'il cessera de diffuser iTELE si cette dernière refuse sa contre-proposition (0,35 centime d'euros par abonné et par mois). Parallèlement, LCI était toujours diffusée par Canalsatellite. En 2002, après le dépôt et le retrait de diverses plaintes auprès du Conseil de la concurrence, TPS a retiré son offre précédente et a proposé 0,07 centime par abonné et par mois, offre refusée par iTELE.

iTELE et Canalsatellite saisissent alors le Conseil de la concurrence pour éviction d'iTELE par TPS, TF1 et LCI étant ainsi en position dominante. Cette affaire pose toutes les questions que nous avons survolées précédemment. En effet, il s'agit de relations verticales entre les fournisseurs de contenus et les distributeurs. On peut donc chercher à identifier les positions dominantes et à déterminer s'il existe des positions de dépendance économique. Jusqu'à quel point les produits sont-ils substituables? La substituabilité concerne-t-elle les contenus des chaînes thématiques ou les offres d'abonnement de TPS et de Canalsatellite? Comment et où doit-on définir les marchés pertinents?

La formulation utilisée par le Conseil de la concurrence, pour se prémunir contre toute conclusion définitive au stade des mesures conservatoires, est de dire qu'il n'est pas possible de conclure aujourd'hui. En revanche, le Conseil estime qu'« *il n'est pas exclu* » qu'un certain nombre de problèmes concurrentiels se posent. Ainsi, « *il n'est pas exclu* » qu'il existe un marché amont de l'information en continu, sur lequel LCI et iTELE se rencontrent. Si ce marché pertinent existe, « *il n'est pas exclu* » que TF1 y détienne une position dominante, d'autant plus que TF1 est déjà en position dominante sur le marché connexe de la publicité télévisuelle. De même, il est pos-

sible que TPS fasse de la discrimination entre les chaînes qui appartiennent au groupe verticalement intégré et les chaînes qui appartiennent au groupe concurrent. Enfin, le Conseil indique « *qu'il n'est pas exclu* » que cette exclusivité de distribution aboutisse à une réduction du choix des consommateurs.

Les mesures conservatoires, qui empêchent le maintien de la situation en l'état, ne peuvent être accordées que dans des conditions définies d'une façon très étroite dans le droit français. Il faut notamment que soient démontrées l'atteinte grave et immédiate aux acteurs, aux marchés ou aux secteurs. Dans le cas d'espèce, les mesures conservatoires n'ont pas été accordées mais le Conseil a estimé qu'il existait un problème de concurrence ; l'analyse au fond est en cours.

b) Les droits de diffusion du football

Dans les activités en réseaux, le goulot d'étranglement se situe habituellement au niveau des infrastructures ; inversement, pour la retransmission télévisuelle des droits du football, le bien rare est le contenu, qui se situe en amont. En France, la Ligue professionnelle organise des enchères pour mettre en vente les droits de retransmission du football. À l'issue de la procédure précédente, les droits, répartis entre trois lots différents, avaient été exclusivement accordés à Canal Plus, pour trois ans. TPS était pourtant le mieux disant mais, pour disposer de l'exclusivité, Canal Plus avait payé une surprime, c'est-à-dire qu'il avait offert un prix pour l'ensemble des lots très supérieur à la somme des prix des lots pris individuellement.

De fait, la valeur économique liée à l'obtention de l'ensemble des biens mis en vente peut être nettement supérieure à la valeur économique de chacun des lots séparés mais une telle stratégie d'enchère peut également traduire la volonté d'éviction du concurrent, expression dans ce cas d'un comportement anti-concurrentiel de la part de Canalsatellite. Si le football est un bien essentiel pour les plateformes de télévision, il existe donc un risque d'éviction de TPS de la télévision payante et de maintien d'une seule plateforme.

Dans sa décision, le Conseil de la concurrence avait indiqué que les télévisions payantes formaient un marché distinct, reprenant ainsi la jurisprudence communautaire, et que le fait de diffuser des matches de football faisait partie intégrante de l'image et de la réputation que les chaînes se construisaient. Sur ce marché, le Championnat constitue un bien essentiel et la Ligue est en position dominante pour la vente des droits. Consulté, le CSA a indiqué qu'il considérait qu'il était grave que le nombre de plateformes passe de deux à un. Finalement, l'injonction donnée par le Conseil de la concurrence a été de suspendre les enchères jusqu'à la décision au fond ; cette dernière n'a pas eu lieu puisque les plaintes ont été retirées.

Plus récemment, le Conseil de la concurrence a été saisi d'une demande d'avis sur la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation des compétitions ou des manifestations sportives. Il a indiqué que le premier problème de concurrence n'était pas tant vertical qu'horizontal : en effet, les ligues sont détentrices d'un monopole en ce qui concerne les droits de retransmission. Est-il légitime de confier à un opérateur en monopole le soin de vendre ces droits? Il existe des justifications convaincantes à une telle organisation. Le deuxième problème consiste à se demander si les autorités de concurrence doivent rejeter les offres globales donnant une valeur supérieure à l'ensemble des lots obtenus en exclusivité? Les économistes sont très réticents à interdire ce type de pratiques car ils considèrent qu'il n'est pas absurde que

l'achat de deux lots, dont la valeur respective est 1 et dont la somme des prix isolés est donc 2, soit payé au final 10 pour l'ensemble. Des externalités diverses peuvent en effet expliquer une telle différence dans la valorisation des lots séparés ou considérés globalement. Toutefois, ce raisonnement purement économique est délicat à manipuler car il faut pouvoir départager une telle valorisation et une pratique de prédation, d'éviction ou de préemption.

En conclusion, les industries de médias relèvent dans une large mesure des analyses concurrentielles menées pour d'autres secteurs. S'y ajoutent cependant les effets d'une régulation sectorielle spécifique qui interfère avec la politique de la concurrence et qui rend la compréhension des stratégies à l'œuvre plus complexe.

Élisabeth FLÜRY-HERARD « Il est vrai que le paradoxe de Steiner est une véritable épine dans le pied des autorités... »

III. – Les thématiques horizontales

par Paul SEABRIGHT

1. Caractéristiques économiques

Les médias constituent un marché sur lequel les biens sont tels que l'on a beaucoup de difficultés à connaître la valeur de ce que l'on achète avant la consommation. Cela va de soi pour le spectateur mais aussi pour les autorités qui réglementent. En effet, les autorités ne savent pas si la concentration des moyens de transmission va entraîner une concentration des contenus. Ainsi, aux États-Unis, des centaines de chaînes diffusent plus ou moins les mêmes programmes.

Parallèlement, les externalités sont nombreuses et difficiles à mesurer (spécificités culturelles...). De plus, il s'agit d'un secteur de l'économie dans lequel les coûts fixes, de transmission ou de préparation des contenus, sont très importants, alors que les coûts marginaux sont faibles voire nuls. La tarification au coût marginal n'est donc ni souhaitable, ni envisageable ; de plus, les volontés de payer des consommateurs étant très différentes, il est souhaitable de prévoir une discrimination au niveau du prix pour parvenir à une allocation efficace du bien.

Par ailleurs, il faut souligner la complémentarité entre les biens. Pour certains, la valeur d'assemblage est sensiblement supérieure à celle de la valeur des composants. Cela va de soi dans des secteurs comme l'automobile ou la restauration ; dans l'industrie informationnelle, l'assemblage des composants est également au cœur de l'activité. Toutefois, la complémentarité peut produire une valeur résultant de l'exclusion de certains concurrents.

2. Marchés liés

Dans les médias, la valeur d'un message publicitaire pour un annonceur dépend du nombre de gens qui en prennent connaissance. Le lien est le même entre les développeurs d'applications et les utilisateurs des logiciels : les premiers développent des applications pour les systèmes qui sont les plus utilisés ; inversement, les seconds choisissent les systèmes d'exploitation qui permettent d'utiliser le maximum d'applications. Dans ce contexte, la tarification sur l'un des marchés dépend des conditions en vigueur sur l'autre marché. De fait, sur de nombreux marchés liés, le prix optimal est nul.

Cela a deux conséquences. La façon classique de définir les marchés, en estimant l'élasticité de la demande, est difficile à appliquer. Ainsi, pour le marché des magazines en France, une étude montre que les élasticités de la demande sont très différentes selon que l'on prend en compte ou pas le marché publicitaire. Si vous négligez l'existence du marché publicitaire, vous êtes conduit à définir un marché beaucoup trop restreint. Le deuxième problème est que si le coût marginal et le prix normal sont nuls, il est difficile de définir un comportement de prédation. Ainsi, dans le cas Microsoft, le prix effectif du media player intégré dans Windows est nul, ainsi que le prix des logiciels concurrents, qui peuvent être téléchargés gratuitement sur Internet.

La réglementation doit prendre en compte les effets induits sur l'autre marché. Tous les intellectuels ont tendance à penser que la publicité est trop présente et qu'il faut privilégier le contenu des programmes – je précise qu'en Grande-Bretagne, la publicité est parfois plus intéressante du point de vue intellectuel que les programmes eux-mêmes – mais, la réduction de la publicité a nécessairement des effets sur le financement des programmes.

3. Bundling

Le premier avantage du *bundling* est que, lorsque les coûts marginaux sont faibles, il peut conduire à une tarification beaucoup plus efficace. En effet, assez souvent, la volonté de payer des consommateurs est moins variable pour l'ensemble que pour les composants. Si vous êtes obligés de tarifier au-delà du coût marginal alors que la valeur de certains composants est très faible pour quelques spectateurs, il est bien de pouvoir proposer à ces derniers un prix effectif presque nul pour les inviter à consommer.

Un cas présenté par Armstrong et Weeds porte sur trois spectateurs et deux chaînes. Le spectateur A attribue une valeur élevée à la première chaîne et très faible pour la deuxième ; le spectateur B a des préférences inverses ; le spectateur C est une moyenne des deux autres. En cas d'interdiction du *bundling*, le prix qui maximise les profits des plateformes sera de 8 euros par spectateur pour la chaîne 1 et de 7 euros pour la deuxième ; les revenus sont de 30 euros pour les trois spectateurs. En cas de *bundling* pur, le prix sera de 11 euros pour les deux chaînes ; le revenu sera plus élevé et les trois spectateurs regarderont les deux chaînes. En l'occurrence, le *bundling* maximise le revenu des plateformes et le bien-être des spectateurs.

Le deuxième avantage du *bundling* est qu'il est possible de produire un bien qui a une valeur plus élevée que la valeur de ses composants. La valeur d'une unité d'information dépend de son contexte informationnel. Les complémentarités entre les unités d'information sont donc au cœur de l'industrie informationnelle. Parallèlement, la rapidité et la fiabilité d'utilisation de l'information sont très importantes. Ainsi, il ne serait pas normal que votre voiture vous demande de vérifier l'assemblage des composants tous les cinq kilomètres. Les ventes liées ont également des inconvénients. Ainsi, premièrement, en cas d'externalités de réseau, c'est-à-dire lorsque la valeur pour l'acheteur d'un message publicitaire dépend du nombre de téléspectateurs, vous ne pouvez pas utiliser le prix et le coût marginal pour déterminer s'il existe un risque d'exclusion ou pas. En effet, il est possible qu'un prix se situant au-delà du coût marginal ait un effet d'exclusion, ou qu'un prix inférieur au coût marginal n'ait pas un tel effet, ce qui rend l'analyse quelque peu difficile. Deuxièmement, les complémentarités peuvent augmenter les effets d'exclusion. Troisièmement, les complémentarités peuvent être purement stratégiques.

>

Au final, on ne peut plus considérer que les ventes liées constituent une pratique anticoncurrentielle. Au contraire, elles sont partout présentes autour de nous. Pour autant, certains cas posent des problèmes difficiles.

Je vais maintenant évoquer un cas d'école, issu de l'opposition constatée entre TPS et Canal Plus à propos des droits de retransmission du football. Dans les enchères qui ont eu lieu en 2002, trois lots étaient particulièrement importants, pour lesquels TPS et Canal Plus se sont affrontés : le premier portait sur les matches de 1^{er} et de 3^e choix de la semaine, le deuxième sur le match de 2^e choix et le magazine, le troisième sur le *pay-per-view*. Canal Plus diffusait déjà un magazine ; la valeur de ce dernier était donc plus élevée si la chaîne détenait également le match de 1^{er} choix.

TPS a effectué une offre élevée, ajoutant un surplus de 9 millions d'euros par an si les 2^e et 3^e lots étaient attribués en exclusivité. L'offre de Canal Plus était en revanche plus faible pour les trois lots mais le bonus était de 290 millions d'euros par an si les 1^{er} et 3^e lots étaient obtenus en exclusivité. Les offres auraient-elles été les mêmes si la répartition des lots avait été différente ? Par exemple, l'on aurait pu imaginer que le 1^{er} lot contienne le match de 1^{er} choix et le magazine, le 2^e lot les matches de 2^e et de 3^e choix, le 3^e lot le *pay-per-view*. Dans ce cas, l'on peut supposer que Canal Plus aurait pu faire une offre uniquement pour le 1^{er} lot ; TPS aurait effectué une offre pour le 2^e lot. Au final, les prix auraient été extrêmement bas. Une répartition réduisant l'exclusion aux yeux du Conseil aurait produit beaucoup moins de revenus pour la Ligue, en raison des complémentarités intrinsèques. Dans le cas de la répartition proposée par la Ligue, les revenus étaient peut-être plus élevés pour le vendeur sans que le surplus social soit forcément meilleur.

Le fait de lier les lots d'une façon plutôt que d'une autre peut conduire à ce que les incitations en termes de revenus et de surplus social s'opposent. À mon sens, il s'agit d'un problème en cas de complémentarités, ce qui risque de se produire très souvent à l'avenir.

4. Changements technologiques

La numérisation du signal permet une grande augmentation de la capacité, ce qui engendre la disparition des rentes de rareté pour la transmission pure, donc une baisse des coûts fixes de cette transmission. Inversement, la possibilité de l'exclusion fait naître des rentes d'exclusivité pour les contenus. À moyen et à long terme, la rareté risque de devenir davantage un phénomène de contenu que de transmission. Lorsque nous recevons tous des mégabits dans nos maisons, nous serons inondés par l'information et notre problème sera de nous appuyer sur celle qui a une vraie valeur pour nous. Le *bottle neck* sera donc situé dans notre cerveau et plus dans les installations.

Dans ce contexte, l'on peut anticiper trois sortes de résultats. Il y aura moins de risque d'exclusion des goûts minoritaires car il sera plus aisé de proposer des chaînes thématiques les satisfaisant. En revanche, il sera beaucoup plus difficile de financer les programmes qui créent des externalités bénéfiques puisque le téléspectateur pourra toujours regarder exactement ce qu'il souhaite. Enfin, les interventions du côté de l'offre seront de moins en moins efficaces, dans la mesure où les problèmes porteront davantage sur la demande.

5. Conclusions

Il convient de reconnaître les évolutions qui se produisent dans ce secteur, qui n'est plus ce qu'il était il y a dix ou

quinze ans. Parallèlement, l'entrée sur le marché devient plus facile ; la rareté des contenus devient de plus en plus importante par rapport à celle des moyens de transmission. De plus, l'intervention devient de plus en plus inutile du côté de l'offre puisque les problèmes se posent au niveau de la demande. Enfin, il faut mettre l'accent sur les différences par rapport aux autres secteurs. À ce titre, les ventes liées peuvent être nocives dans les cas particuliers, surtout en cas de complémentarités entre les liens informationnels. Mais le fait en soi de lier les ventes ne peut pas être considéré comme suspect ; bien au contraire, c'est de la nature des industries informationnelles de faire des bouquets de services, ce qui constitue le *bundling* sous un autre nom. Cet aspect est vraiment essentiel pour effectuer l'analyse.

Question de la salle « Ce n'est pas la première fois que j'assiste au discours d'un économiste expliquant qu'il est acceptable, voire souhaitable pour une entreprise en position dominante, de pratiquer des prix discriminatoires en fonction de l'élasticité des consommateurs. Or, au sein de la jurisprudence, on a du mal à trouver des arrêts qui confirment cette position vis-à-vis des prix discriminatoires ; au contraire, les juges qui appliquent le droit de la concurrence, notamment l'article 82 du Traité de Rome, le font de manière très juridique. Nous avons donc des difficultés à faire admettre aux clients qu'il n'est pas acceptable de dévier du principe du prix uniforme. Dans le droit communautaire et dans le droit allemand, les arrêts sont très peu nombreux à confirmer ce que vous dites. Existes-ils en droit français ? » »

Anne PERROT « En tant qu'économiste, je considère que les prix discriminatoires peuvent être positifs ou pas ; cela dépend. En droit de la concurrence, nous avons de très bonnes raisons de penser que la discrimination par les prix peut améliorer le surplus du consommateur dans certains cas, par exemple permettre de consommer à des gens qui ne le feraient pas dans le cas contraire. Il faut simplement étudier les effets d'une telle pratique sur le marché ; c'est le moyen d'éviter de répondre comme les économistes : "ça dépend". » »

Paul SEABRIGHT « La discrimination est intéressante (et souhaitable d'un point de vue social) lorsqu'elle permet de desservir un marché qui ne l'était pas jusqu'à présent et que l'augmentation des ventes ainsi est plus importante que la diminution des ventes sur les marchés qui ont un prix plus élevé. En la matière, j'observe que notre pratique actuelle est extrêmement schizophrène. En effet à 99 %, les journalistes sont opposés à la discrimination, alors qu'ils sont favorables à la vente des médicaments contre le sida à un prix moins élevé en Afrique ou aux soldes. Il ne s'agit pas d'un raisonnement théorique mais d'un principe déjà ancré dans notre quotidien. Dans le cas de la lutte contre le sida, il faut expliquer que les Africains n'auraient pas pu se payer des médicaments si les prix n'avaient pas été discriminatoires. » »

Holger DUBBERSTEIN « J'aimerais revenir sur l'exclusivité des contenus. Si l'on excepte les droits du football que vous avez cités, existe-t-il en France d'autres exemples d'une telle compétition portant sur l'exclusivité des contenus de la part des plateformes ou des moyens de transmission ? La tendance est-elle, pour les plateformes et

les réseaux, à essayer de s'accaparer une part croissante des contenus? »»

Élisabeth FLÜRY-HERARD « L'autre exemple classique est celui du cinéma. Les deux plateformes satellites ont lutté pour obtenir l'exclusivité de la diffusion des films en pay per view. L'importante décision du Conseil de la concurrence de 1999 a constitué le début de la prise en compte du secteur de l'audiovisuel par les autorités de la concurrence.

En conclusion, du point de vue des autorités sectorielles, l'élément majeur est le travail de définition des marchés pertinents dans le domaine audiovisuel ; en France, les autorités sectorielles n'ont aucun pouvoir en la matière, alors qu'elles ont besoin de disposer d'une vision assez claire de ces marchés. Apparemment, ce travail de définition a été entamé mais il doit encore se poursuivre. »»

CONCLUSION

Bruno LASSERRE « En France, les trains partent généralement à l'heure, notamment le TGV pour Cologne ; il est donc temps de conclure. En introduction, cher Ulf Böge, vous tentiez de nous faire partager votre optimisme. Je crois que ce dernier peut être confirmé ; nous avons beaucoup progressé au cours de cette journée dans la connaissance réciproque de nos institutions et dans l'appréhension des problèmes communs que nous traitons.

Au-delà de la mise en œuvre du règlement européen, nos deux pays sont en voie de réforme, d'ampleur législative en

Allemagne et par touches successives en France. Dans les deux cas, ces réformes façonnent un visage nouveau aux autorités et une nouvelle culture de la concurrence, ce qui implique nécessairement une phase de transition. Parallèlement, les paysages sont différents mais les questionnements et les outils des autorités de la concurrence sont identiques. J'ai vraiment le sentiment que le dialogue engagé aujourd'hui a été riche et prometteur ; je remercie tous ceux qui ont participé à cette journée. Je forme le vœu que nous nous retrouvions le plus tôt possible, afin d'évoquer d'autres sujets et effectuer un bilan de la mise en œuvre du réseau. »»

Ulf BÖGE « Ainsi s'achève une journée remarquable de par sa richesse et sa diversité. Je voudrais m'associer aux remerciements qui ont déjà été adressés aux organisateurs de cette journée. Je remercie aussi tous ceux qui par leur intervention ont activement contribué à faire ressortir tant de nos points communs et de nos différences. Un grand merci aux interprètes sans lesquels nous n'aurions pu établir de véritable communication. Je remercie aussi l'Institut Goethe de nous avoir ouvert ses portes. Je crois qu'aujourd'hui nous avons posé la première pierre d'un édifice qu'il nous appartient de continuer à bâtir. Il est sans doute trop tôt pour fixer une date et un thème pour une prochaine rencontre. Nous pourrions en décider ultérieurement, mais je peux d'ores et déjà annoncer le lieu 0 : ce sera Bonn. Je me réjouis déjà à la perspective de nous y retrouver et d'échanger à nouveau nos idées de manière aussi approfondie. Soyez assurés que tout sera prêt à temps. Merci de votre hospitalité. Au revoir. »» ♦